
BIBLIOTHECA



L'ESPRIT

DU

DROIT ROMAIN.

DÉPOSÉ.

L'ESPRIT

DU

DROIT ROMAIN

DANS LES

DIVERSES PHASES DE SON DÉVELOPPEMENT

PAR

R. von JHERING

Professeur ordinaire de droit à l'Université de Goettingen



TRADUIT SUR LA 3e ÉDITION AVEC L'AUTORISATION DE L'AUTEUR

PAR

O. DE MEULENAERE

Juge au tribunal de première instance à Bruges

DEUXIÈME ÉDITION

TOME II

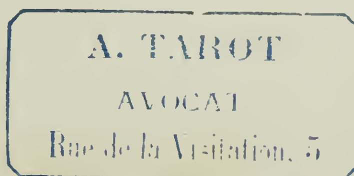
PARIS

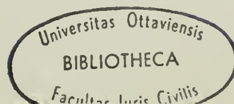
A. MARESCQ, Aîné, ÉDITEUR

20, rue Soufflot et 17, rue Victor-Cousin

GAND : F. CLEMM, 24, rue de l'Université

MDCCCLXXX





Gand, impr. Eug. Vanderhaeghen.

LIVRE II.

—

SYSTÈME DU DROIT STRICT.

INTRODUCTION.

—

26. L'objet du présent livre est de déterminer le caractère particulier du système du droit romain spécifique ou strict (*jus strictum* (1). Pour arriver à ce but, une distinction artificielle nous est nécessaire; nous devrons recourir à la méthode que nous avons cherché précédemment (§ 5) à justifier, et dont l'application n'est donc plus en question ici. De ce qui appartient d'une manière certaine et indubitable à l'époque ancienne ou à l'époque nouvelle, nous chercherons à déduire ce qui relève de l'architectonique de chacune de ces époques, pour classer ensuite les parties à l'égard desquelles n'existe pas cette certitude extérieure.

L'édifice du droit de l'époque classique est vaste et compliqué. Nous savons qu'il a été construit à des époques différentes et il importe de retrouver sous les constructions modernes l'édifice

(1) Sur cette expression et sa signification dans la bouche des jurisconsultes romains postérieurs, v. les textes rapportés dans Dirksen *Manuale*, v. *Strictus*. Ils s'en servent pour désigner le droit ancien, circonscrit, rigide et strict, en opposition avec le droit nouveau, plus libre et plus élastique. Je préciserai, à la fin de ce système, l'idée du *jus strictum* au moyen des notions que nous aurons acquises dans l'intervalle.

primitif, la citadelle du *jus strictum*. Bien des parties de ce monument sont complétement changées, ont été démolies, ou sont tombées en ruines ; mais partout encore apparaît la maçonnerie indestructible de l'ancien temps, qui nous permet d'en reconnaître l'architecture et le plan primitifs.

J'ai appelé l'ancien droit une citadelle : cette comparaison rend bien l'impression qu'il produit. Carré et raide, étroit, peu élevé, comme les châteaux-forts du moyen-âge, la maçonnerie n'en est que plus solide et plus durable ; il est incommode, mais il est sûr. Comme dans ces vieux manoirs, nous sentons flotter autour de nous l'esprit d'un passé qui commande le respect, le souvenir d'une race robuste, pleine d'une énergie farouche et puissante. La place est bien choisie pour l'évoquer d'entre les morts, — les pierres mêmes ont une voix ici.

L'édification complète de l'ancien *jus civile* a occupé des siècles : la dernière main n'y fut mise que lorsque déjà les premiers débuts du système nouveau venaient à se manifester. Je range néanmoins ces divers produits simultanés, les uns sous l'ancien droit, les autres sous le droit nouveau. Je me suis suffisamment expliqué à ce sujet, en traitant de l'importance de l'élément de fait vis-à-vis de l'élément chronologique (§ 5). Il ne sera donc pas encore question, dans ce deuxième livre, du droit prétorien et du *jus gentium*, bien que l'on puisse affirmer sans hésitation que leur développement, à tous deux, a commencé avant que l'empire de l'ancien droit civil eût entièrement cessé. Je devrai cependant, lorsque le moment en sera venu, toucher aux institutions du *jus gentium*, mais ce ne sera que pour prouver que pendant la floraison de l'ancien *jus civile*, elles n'étaient pas encore protégées par des actions.

Je ne puis dire, en ce moment, d'après quels criteriums internes je détermine ce que je range dans le système ancien, et comment je trace les limites de ce système : je devrais, pour cela, anticiper sur ce qui ne trouvera sa justification que dans l'ensemble du système.

En ce qui concerne les limites chronologiques du système,

j'ai déjà dit au § 6, que j'en place la formation dans la seconde moitié de l'époque royale, et l'entier épanouissement dans l'intervalle du IVe au VIe siècle de la fondation de Rome. Les premiers commencements d'un nouveau droit plus libre se placent au septième siècle. Chronologiquement donc, nous aurons à nous occuper surtout de l'époque la plus florissante de la république romaine. Mais nous ne renoncerons pas pour cela, ainsi qu'il a déjà été dit, à compléter le système au moyen des matériaux que nous fournit l'époque suivante.

Si désormais nous appliquons principalement notre attention au droit privé, ce n'est pas à cause de son importance particulière pour le monde moderne : c'est plutôt à cause de la forte empreinte et de la perfection qui distinguent le droit privé, et la procédure qui y est intimement liée, de toutes les autres parties du droit. On ne place généralement la naissance du droit romain proprement dit que dans la période suivante; mais j'espère établir que c'est là une des plus grandes erreurs de l'histoire du droit. Je n'hésite pas à déclarer que l'ancienne jurisprudence m'a inspiré une admiration plus grande, à mesure que j'ai pénétré plus avant dans son étonnante construction : cette admiration ne le cède en rien à celle que j'ai pour la jurisprudence nouvelle. Si cette dernière a obtenu un si riche tribut d'estime, c'est qu'elle est plus rapprochée de notre conscience scientifique et de nos études modernes; tandis que le mérite de l'époque antérieure, qui a dû, si je puis ainsi m'exprimer, dégrossir la dogmatique du droit, saute moins aux yeux. Et à mon avis c'est cependant ce premier travail qui réellement décide de la valeur du droit romain, et auquel la science postérieure est redevable des fondations solides et résistantes sur lesquelles elle n'a fait que continuer l'édifice. J'insiste sur ce point, dès à présent, pour aller au devant de l'assertion que le droit romain doit sa grandeur à la science juridique postérieure, et que la période brillante de l'histoire du droit romain ne commence qu'avec le troisième système. Cette période commence ici même. Si l'in-

térêt historique seul ne nous commandait pas d'accorder au droit ancien l'attention qu'il mérite, sa valeur intrinsèque, son mérite intellectuel propre suffiraient à la lui assurer. Il n'y a pas, pour moi, dans toute la jurisprudence de sujet plus attrayant.

Le présent livre est divisé en trois parties :

I. CARACTÉRISTIQUE GÉNÉRALE DU SYSTÈME : Je développerai dans cette partie les traits généraux et les idées dirigeantes de l'ancien droit; nous verrons d'abord (§ 23) :

1. LE COTÉ EXTÉRIEUR DU MONDE JURIDIQUE : Nous nous familiariserons ainsi d'emblée avec l'impression extérieure du droit (Publicité — Plastique).

2. LES TENDANCES FONDAMENTALES (§ 24-36) nous dévoileront ensuite l'essence intime du droit. J'appelle ainsi les tendances les plus élevées et les plus générales que poursuit le droit, tendances que nous pouvons par conséquent considérer comme le but et l'idéal de la conception juridique des Romains. Ce sont :

1. *la spontanéité du droit;*
2. *l'esprit d'égalité ;*
3. *l'amour du pouvoir et de la liberté.*

Ces trois tendances nous montrent le *vouloir* de l'esprit romain sur le terrain du droit.

3. LA TECHNIQUE JURIDIQUE, appliquée à la réalisation pratique de ces tendances (§ 37-58), nous montrera le *pouvoir* intellectuel de l'esprit romain. Nous aurons à déterminer ici le point culminant de la conception et de la mise en œuvre rationnelle de la matière, la richesse des idées et des moyens dont cette technique dispose, sa méthode de dissolution et de décomposition, l'analyse juridique — son attachement à l'élément extérieur (matérialisme, interprétation des mots, formalisme) et l'art juridique.

II. LA THÉORIE DES DROITS DANS LE SENS SUBJECTIF (§ 59 et s.) nous montrera de nouveau ces idées générales sous une forme plus concrète et sous une vue d'ensemble. Cette théorie comprend :

1. LA THÉORIE DU DROIT SUBJECTIF, qui a pour objet la partie générale, et

2. L'HISTOIRE DES DIVERS DROITS, qui a pour objet leur aspect originaire, en tant que nous ne l'ayons pas déjà rencontrée.

III. La troisième partie est, au fond, de la critique négative. Elle a pour but de prouver que les idées plus larges du *jus gentium* et du droit prétorien, que beaucoup d'auteurs placent dans l'époque ancienne, y étaient étrangères.

Je réserve pour le livre troisième la transition du deuxième au troisième système et l'exposition des causes qui l'ont amenée.

PREMIÈRE PARTIE.

CARACTÉRISTIQUE GÉNÉRALE DU SYSTÈME.



TITRE PREMIER.

IMPRESSION EXTÉRIEURE DU MONDE JURIDIQUE.

Publicité de la vie juridique. — Plastique du droit.

27. Nous devons tout d'abord nous rendre compte de l'impression extérieure que fait sur nous le droit ancien. Cette tâche n'est pas bien compliquée en présence du contraste qu'offre ce droit avec notre droit actuel. Aujourd'hui, le droit est peu visible extérieurement dans la vie commune. On pourrait dire qu'aujourd'hui le droit a une action dynamique, tandis que dans sa jeunesse il a une action mécanique, en ce sens qu'il agit au moyen d'appareils et de procédés visibles. De nos jours le droit imprégne la réalité, comme la chaleur et l'électricité pénètrent les corps. Il y est entièrement immanent, son action et son efficacité n'apparaissent que rarement aux yeux. En règle générale les actes juridiques de notre temps manquent de couleur; ils ne forment pas un corps solide, exactement délimité et tombant sous les sens. Tantôt ils se perdent dans une conversation, sans qu'aucun acte extérieur en signale la conclusion et sépare le droit du reste de l'entretien; tantôt ils se con-

cluent entre absents, par lettres; tantôt même leur existence ne peut être établie que par leurs conséquences.

Cette invisibilité des mouvements et des opérations du droit actuel, cette nature non-plastique qui le caractérise (²) nous servira à mettre en relief le droit romain antique. Nous ne voulons point, du reste, méconnaître que cette qualité, de même que le caractère abstrait d'une langue perfectionnée, n'annonce une phase de progrès plus avancée que celle qu'impliquent le caractère plastique du droit et le style imagé et concret du langage. Mais le charme de la jeunesse qui y est empreint offre un attrait extraordinaire, et l'on peut reconnaître dans cette qualité un avantage de la jeunesse sans être pour cela injuste envers l'âge mûr.

L'expression de la physionomie du droit romain antique, que je vais maintenant tenter de rendre, est l'expression de la jeunesse du droit. Elle se reproduit dans tous les droits à la même période de leur âge. Elle se manifeste notamment dans la publicité de la vie entière et dans la plastique des formes qu'elle revêt.

La première chose qui frappe notre attention, lorsque nous nous transportons dans l'ancien monde juridique de Rome, est l'éclatante lumière de la publicité qui s'y projette. D'abord elle nous attire au Forum où le Préteur tient audience sous le ciel libre et sous les regards du peuple romain. Assis sur sa *sella*

(²) Elle s'étend même à la procédure. De récentes réformes ont, il est vrai, donné un autre aspect extérieur à la procédure criminelle, mais elle n'avait, il n'y a pas bien longtemps, comme aujourd'hui encore la procédure civile, qu'une existence sur le papier. Commençant et finissant sur le papier, elles n'offraient ni l'une ni l'autre aucun moment dramatique et ne se manifestaient que dans leurs conséquences. On aurait pu donner comme emblème à la justice une plume au lieu d'un glaive, car les plumes lui sont aussi nécessaires qu'aux oiseaux. Mais à la différence de ceux-ci, sa rapidité est en raison inverse du nombre des plumes qu'elle emploie.

curulis, les parties se tiennent debout([3]) devant lui. Ici, et nulle part ailleurs, s'exerce à l'époque ancienne, la justice civile. Ce ne fut que plus tard que le Préteur put être requis et put rendre ses ordonnances debout (*de plano*), même dans sa maison, et n'importe où l'on pouvait le rencontrer ([4]). C'est ici que se rassemblent les parties, accompagnées de leurs amis et de leurs auxiliaires versés dans la connaissance du droit. Elles doivent comparaître et exposer leurs demandes en personne; la représentation, l'écriture même sont contraires à l'esprit du droit ancien. Les parties doivent même comparaître toutes les deux pour que le procès puisse s'entamer. Si le demandeur n'amène pas le défendeur, le débat ne peut s'engager. Dans les procès sur la propriété les choses elles-mêmes doivent être apportées. Si elles sont immobilières, le Préteur lui-même se rend avec les parties sur les lieux où elles sont situées. Les personnes et les choses qui doivent être l'objet d'une disposition juridique en justice (*in jure cessio*) doivent également être produites.

Nous ne poursuivrons pas l'examen du cours ultérieur de la procédure. Tout ce qui s'y fait se passe publiquement, ainsi, par exemple, l'audition des témoins. Le serment ne peut être prêté qu'à ciel ouvert : les Dieux que l'on invoque, doivent voir et entendre celui qui jure ([5]).

Enfin la publicité se montre encore dans l'exécution des sentences criminelles. La triple exposition publique du condamné a pour but de porter le fait de sa condamnation à la connaissance de tous. C'est une enquête auprès du peuple pour savoir si personne ne serait disposé à racheter le condamné.

La publicité régit la procédure criminelle à un bien plus haut degré encore. Lorsque le glaive sanglant de la justice est suspendu sur la tête d'un citoyen, une question nationale surgit.

([3]) TH. MOMMSEN. *Röm. Staatsrecht*, (Droit public romain), 1, p. 315.
([4]) PUCHTA, *Institut.*, t. 2, § 158.
([5]) VARRON de L. L. V. 66.

Le peuple entier est convoqué pour siéger en justice, l'accusation est préalablement rendue publique, afin que tout homme qui sait quelque chose à charge de l'accusé ou à sa décharge, puisse se présenter. Si la nature du crime et la personne de l'accusé ne forment pas obstacle à cette faveur, il reste en liberté moyennant une caution, et il peut profiter du temps pour gagner la bienveillance du peuple. Le jour de la décision est venu; le peuple, depuis longtemps préparé à la cause, compose le tribunal. Jamais il n'y eut de réunion de justice plus imposante, jamais il n'y eut une publicité plus accablante pour le mensonge et plus efficace pour la manifestation de la vérité. Les débats clos, l'on procède au vote. Cet acte est également caractéristique par sa publicité : il se fait oralement. Chacun a le courage, ou doit avoir le courage de professer son opinion. Plus tard on changea cela. Pour venir en aide au manque d'indépendance des votants, on introduisit dans la première moitié du septième siécle le vote secret ou par écrit (*per tabellas*), dans les tribunaux populaires et dans les autres réunions du peuple.

La publicité des relations juridiques ([6]), nous est connue pour la plus grande partie, par nos précédentes explications. Je rappellerai la conclusion devant l'assemblée du peuple des actes publiquement garantis (§ 18), les cinq témoins représentant le peuple (*mancipatio, nexum*), les actes devant le Préteur et le censeur (*manumissio*) ([7]). Je citerai comme particulièrement caractéristique la publicité des testaments, qui, lorsque la con-

([6]) GNEIST (*Die form. verträge...* [Les conventions formelles du droit nouveau des obligations à Rome] p. 483-485) a justement fait remarquer le contraste qu'offre sous ce rapport le droit grec, « dont la forme la plus » usuelle (dépôt de titres scellés) avait ouvertement pour but, de sous- » traire, s'il le fallait, l'affaire aux yeux des tiers. »

([7]) On peut citer comme exemple la publicité prescrite pour le cautionnement. V. GAIUS III, § 123 : *praedicat palam et declaret, et de qua re satis accipiat, et quot sponsores aut fidepromissores in eam obligationem accepturus sit.*

fection des testaments dans les comices fut tombée en désuétude, se conserva dans une mesure plus restreinte dans le testament par mancipation ([8]). Nulle part la publicité ne nous paraîtrait plus mal employée, et plus gênante que dans les testaments, et l'on avait de bons motifs, à Rome, à l'époque postérieure, pour penser de même. Je vois dans la confection publique des testaments comme dans le vote public, une preuve d'indépendance morale. Il est dans la nature des dispositions de dernière volonté qu'elles contrarient souvent les prétentions et les espérances auxquelles des parents et des amis du testateur se croient autorisés. Obligeant les uns à la reconnaissance, elles blessent les autres. La coutume de faire de pareilles dispositions en public suppose donc, en général, un certain courage moral, le courage de braver la haine et la persécution des personnes déçues dans leur attente. Le testament secret est le palladium de la lâcheté. Dans beaucoup de cas il est même le manteau, et par cela même le moyen de la fraude ([9]). C'est une mine creusée sous les

([8]) L'introduction des testaments écrits, qui permit de tenir secrètes les dernières volontés, appartient à mon avis à une époque postérieure. Je n'en veux pour preuve ici que l'empire de la publicité dans ce système. Les *tabulae* du testament ne sont pas plus dans le génie de l'époque antique, que les *tabellae* dans les votes des comices. Une démonstration plus étendue nous conduirait trop loin. Je reviendrai sur l'écriture des actes juridiques dans le troisième système.

([9]) Cette appréciation est expressément confirmée par le Tit. 16, §. 1 des Novelles de Théodose II (HAENEL, *Novellae constitutiones imperatorum*, etc., p. 61). Les compilateurs de Justinien ont laissé ce passage de côté, dans l'extrait de la L. 21, *Cod. de test.*, (6. 23). *Natura*, y est-il dit, *talis est hominum, ut quosdam diligant, alios timeant, quibusdam sint officiosae gratiae debitores, alios suspicentur, quorundam fidem intelligant eligendam, aliis nihil credendum existiment*, NEC TAMEN AUDEANT DE SINGULIS QUÆ SENTIANT CONFITERI. IDEO *veteres testamenta scripta testibus offerebant oblaturumque eis tabularum perhiberi testimonium postulabant. Sed... eo res processit,* — UT DUM SUA QUISQUE NONNUNQUAM JUDICIA PUBLI-

pas de personnes que l'on n'ose blesser ouvertement, et qui ne fait explosion que lorsque son auteur est en sûreté et ne peut plus souffrir des conséquences. Sous l'empire les testaments servirent souvent à ce but. Un testament fait oralement et ostensiblement gratifiait des personnes dont on voulait se ménager la faveur ; mais un second testament fait par écrit révoquait ces dispositions sans que ces personnes en eussent connaissance, et la fraude dont elles étaient victimes ne se découvrait qu'après la mort du testateur ([10]).

Je ne puis omettre de relever deux institutions qui avaient, quoique dans des sphères différentes, la même destination : les rôles du cens et les livres domestiques. Ces deux institutions sont nées du grand esprit d'ordre des Romains. Les rôles du cens portent à la connaissance de l'État la situation des fortunes privées. Les livres domestiques donnent au propriétaire lui-même, et le cas échéant aux tiers, un aperçu constant de la situation de ses affaires. ([11]) De pareilles institutions ne pros-

CARE FORMIDAT, DUM TESTIBUS TESTAMENTI SUA NON AUDET SECRETA COMMITTERE, NE SUIS FACULTATIBUS INHIANTES OFFENDAT, INTESTATUS MORI, QUAM SUA MENTIS ARCANA PERICULOSE PATIATUR EXPRIMERE. THÉOPHILE (II, 10, § 1) donne un autre motif, qui selon les circonstances pouvait être tout aussi triste : la crainte des testateurs de voir attenter à leur vie par les personnes instituées et connaissant leur institution. L'explication ci-dessus est rejetée par LASSALLE, *System...* (Système des droits acquis), II, p. 150 ; il y substitue : « la fonction organique des testaments dans l'esprit du peuple (!).

([10]) Auguste lui-même fut la victime d'un trait pareil. VALERIUS MAXIMUS, lib. III, c. 8, § 6 le rapporte et signale plusieurs autres véritables traits de coquinerie dans ce genre. V. aussi PETRONE. Sat. c. 71, *et haec omnia publico ideo, ut familia mea jam nunc sic me amet ut mortuum.* c. 141.

([11]) Ces deux institutions paraissent avoir eu entre elles un certain rapport. Du moins TITE-LIVE, VI, 27 et 31 s'exprime de manière à faire croire que les rôles du cens devaient également contenir les capitaux pla-

pèrent que là où la délicatesse de conscience et la probité sont souveraines; elles supposent la confiance et la véracité. Là où ces qualités font défaut dans les masses, là où l'on a sujet de craindre la lumière du jour, elles ne remplissent point leur but. Elles ont eu sans aucun doute, une grande influence sur le système du crédit personnel ([12]), et l'on peut avec certitude voir dans l'extinction graduelle de ces deux institutions la cause principale de la prépondérance de plus en plus grande et décisive que prit, plus tard, le système du crédit réel. Ce dernier est, comme le secret du vote et de la confection du testament, le résultat de l'inquiétude et de la défiance. Il caractérise l'époque suivante au même titre que le crédit personnel avec sa publicité des fortunes, ainsi que la publicité des votes et des testaments caractérisent l'époque antérieure. Tout le monde sait, nous le supposons, jusqu'à quel point la publicité pénétrait toute la vie *politique* des Romains. Nous nous contenterons donc pour terminer, de faire remarquer encore qu'elle se montrait jusque dans la criminalité. Rome antique ne connaissait pas les malfaiteurs et les criminels cachés contre lesquels elle dut se défendre plus tard. Captateurs, empoisonneurs, faussaires, trompeurs, dénonciateurs, calomniateurs, etc., lui étaient inconnus. Les crimes de l'époque ancienne étaient le meurtre, l'homicide, le brigandage, la violence, le vol.

La publicité, d'après ce qui précède, est un trait fondamental de l'époque antique. Il est à peine nécessaire de faire remarquer quel jour elle projette sur la situation morale et sociale du peuple et quels avantages elle apporta avec elle. Elle est, me paraît-il, le résultat de l'intimité du lien qui existait à l'ori-

cés à intérêt : *fugere senatum testes tabulas publicas census cujusque, quia nolint conspici summam aeris alieni* (27), et *aes alienum, cujus noscendi causa censores facti* (31).

([12]) Il est probable que c'est à ces institutions qu'il faut rattacher la publicité du cautionnement prescrite dans le droit antique (note 7).

gine entre l'individu et la communauté. Elle n'est, pourrait-on dire, que la forme extérieure sous laquelle se manifeste la communion primitive de la vie et des intérêts. Elle supposait une bonne conscience et du courage moral, et avait pour conclusion une grande sécurité dans les relations juridiques.

Une deuxième qualité qui saute de suite aux yeux dans l'examen extérieur du droit antique, est la plastique du droit. La plastique du droit se manifeste dans les *formes* fixes prescrites pour les relations juridiques. Son utilité pratique consiste à faire découvrir extérieurement leur différence intrinsèque, à faire jaillir, pour ainsi dire, à la surface, leur nature intime. C'est par elle que l'on juge de la valeur des diverses formes, au point de vue pratique, et non par leur quantité, ni par leur expression extérieure ou leur caractère (§ 50). Un droit peut donc être infiniment riche en formes, en actes symboliques, etc., et cependant ne pas répondre à ces conditions pratiques de la plastique. C'est ce qui arrive lorsqu'il y a plus de formes extérieures et de moyens d'expression qu'il n'y a de différences intrinsèques, plus de signes que d'idées. L'insignifiance intrinsèque reçoit alors une consécration extérieure qui, si même elle n'est pas absolument désavantageuse pour la vie, rend cependant plus difficile la conception intellectuelle du droit.

La valeur pratique de la plastique ne se détermine pas non plus par le caractère des formes. Les formes ne doivent faire autre chose que signaler l'idée. Elles peuvent le faire, comme en droit germanique, d'une manière poétique et sentimentale, ou, comme en droit romain, d'une manière prosaïque et sèche. Elles peuvent être accessoirement employées pour exprimer d'une manière symbolique des idées profondes, des sentiments pénétrants, ou se borner à être, comme elles le doivent, les criteriums extérieurs des différences intrinsèques. Cette distinction est précieuse pour caractériser l'esprit du peuple, mais elle est complétement indifférente pour la *valeur juridique* de la plastique.

Nous n'apprécierons ici la plastique du droit romain antique que sous le point de vue pratique qui vient d'être indiqué. Les

formes qu'elle emploie dans ce but sont peu nombreuses ([13]), leur physionomie est terne et prosaïque. Elles ne vont pas beaucoup au delà de ce que réclame le but juridique lui-même (par exemple la comparution personnelle des parties, l'adjonction et l'appel des témoins, la prononciation d'une formule), ou de ce qui semblait nécessaire pour exprimer extérieurement le sens intime des actes (par exemple l'attouchement de la chose avec la main en signe d'acquisition de la propriété, le pesage simulé de la monnaie en signe de conclusion ou d'extinction d'une obligation, le combat simulé de la vindication, l'emploi de la lance) ([14]). Les deux formes principales des actes, la *mancipatio* et l'*in jure cessio* peuvent même être analysées d'une manière rationelle. Elles ne contiennent aucune addition symbolique. Ce qui y ressemble, par exemple la balance et l'airain qu'on y jetait, n'est qu'un élément matériel de l'acte même, élément nécessaire avant l'introduction de l'argent monnayé et conservé plus tard par la force de l'habitude.

Les relations juridiques se mouvaient pour la plus grande partie dans ces deux formes. Obligatoires dans les transports de propriété de choses mobilières ou immobilières, dans la vente des esclaves et des fils de famille, dans l'adoption, le mariage, l'émancipation, la manumission, la confection du testament, la conclusion et l'extinction du *nexum*, etc., la répétition continuelle des solennités de la *mancipatio* et de l'*in jure cessio*, donne au commerce juridique une certaine monotonie extérieure.

([13]) Il ne s'agit ici, bien entendu, que des formes *juridiquement* nécessaires. La vie romaine connaissait, en outre, encore une foule de formes qui n'avaient pas cette importance. Nous étudierons à fond la théorie des formes romaines. V. § 50-57.

([14]) Ce point mériterait bien d'être examiné de nouveau. Il existe à ce sujet un ouvrage D'EVERARD OTTON, *de jurisprudentia symbolica exercitationum trias.* Traj. ad Rhen. 1730, qui devait être le précurseur d'un ouvrage plus étendu, lequel n'a jamais paru, que je sache.

Cela n'entame en rien la valeur pratique de la plastique du droit : La simplicité, la sobriété et la pauvreté de la plastique romaine sont précisément une manifestation de l'esprit purement juridique des Romains. L'avantage de l'économie ([15]), en droit, saute aux yeux. Le commerce juridique s'accommode plus facilement de deux formes que de vingt, et la jurisprudence peut en perfectionner la théorie avec d'autant plus de pénétration et d'exactitude.

Mais, se demandera-t-on, si des actes différents étaient conclus avec les mêmes formes, en quoi donc consistait leur différence ? Dans la diversité de leur contenu et de la formule qui y correspondait. La confusion était impossible pour celui qui avait vu ou entendu l'acte. Il y avait un acte juridique : la forme l'annonçait. Quel était cet acte ? son objet et son contenu l'indiquaient, et il était satisfait ainsi à toutes les exigences du commerce juridique. Le même éloge ne peut s'adresser à notre droit actuel. L'absence de formes, (quelques actes seulement font exception, comme le testament et la lettre de change), rend souvent fort difficile, sinon impossible de décider s'il y a acte juridique, et quel est l'acte que les parties ont entendu conclure. Il y avait également chez les Romains à l'époque antique, des actes que l'on ne revêtait pas habituellement d'une forme juridique; nous nous en occuperons ailleurs et nous essaierons de démontrer que ce n'étaient pas des actes *juridiques* dans le sens du droit antique, qu'ils n'étaient pas protégés par le droit et n'avaient pas même besoin de cette protection.

Il n'y a d'actes juridiques véritables, pour l'époque antique, que ceux qui ont une forme juridique et qui s'annoncent extérieurement comme tels. L'absence de forme répugne à la nature intime des anciens romains : l'antiquité romaine toute entière nous l'enseigne. Celui qui voudra l'examiner à ce point de vue verra qu'elle fut toujours animée de la tendance à rendre visi-

([15]) Je reviendrai sur ce point dans les § 43 et 66.

bles, par des signes extérieurs, les différences intrinsèques. Or, où cette tendance pouvait-elle mieux se manifester que dans le droit? De même que le sénateur, le chevalier, l'homme libre, le majeur, le mineur, l'accusé, etc., se faisaient reconnaître par leur vêtement, leur anneau, etc., de même le droit devait être extérieurement reconnaissable, par son uniforme juridique, et si je puis ainsi m'exprimer par sa *toga civilis*. Lorsque celle-ci fait défaut, c'est un signe que les parties n'ont pas eu l'intention de conclure un acte juridique, sinon elles l'eussent revêtu de la forme nécessaire.

J'ai désigné, plus haut, l'invisibilité du mouvement du commerce juridique actuel comme la conséquence de sa nature non-plastique. Le droit romain se distingue au contraire par la visibilité de ses relations juridiques. Point d'effet juridique dans ce droit qui n'ait une cause extérieure. Le moins qu'il exige, c'est la comparution et l'action personnelle des parties, alors même qu'elle se bornerait, comme dans la stipulation, à la simple récitation d'une formule sans autre acte extérieur.

Abordons maintenant l'organisme interne du droit antique. Nous essaierons d'abord d'en saisir les idées dominantes: les *tendances fondamentales* (§ 28-34). On peut aussi les désigner, en les examinant dans l'âme du peuple romain, comme l'idéal du sentiment juridique romain. Le but idéal qui s'offrait à l'intuition du peuple, prend en droit, la forme d'un motif, d'une tendance du progrès juridique. Nous allons rechercher quel était le but final du droit tout entier pour le sentiment juridique romain, quelles sont d'après les idées romaines les conditions les plus élevées que doit réaliser le droit. Les buts les plus élevés du droit, ses *tendances fondamentales* sont au nombre de trois. Je les désigne, faute d'expressions meilleures, par les noms de : *Spontanéité*, *Esprit d'égalité*, et *Amour de la puissance et de la liberté*.

TITRE II.

TENDANCES FONDAMENTALES DU DROIT ANCIEN.

CHAPITRE I. — *Spontanéité du droit.*

REMARQUE PRÉLIMINAIRE.

Spontanéité du droit sous le rapport de la forme et du fond.

28. Nous reconnaissons la spontanéité chez une personne, lorsqu'elle possède la force de se déterminer par elle-même et d'écarter les influences étrangères en tant qu'elles ne répondent pas à sa propre conviction et au but qu'elle se propose d'atteindre. La spontanéité n'est donc pas encore la perfection. Elle se concilie avec le mal comme avec le bien. Mais elle est la condition de la perfection, car la perfection ou plutôt le bien n'acquiert sa valeur morale que du moment qu'il est le fait propre du sujet.

Transportant l'idée de la spontanéité dans le droit, nous dirons que le droit se détermine d'après les considérations et les buts qui *lui* sont propres, qu'il reste insensible à toutes les influences qui lui sont étrangères. Supposons maintenant que le contenu du droit conforme à son essence, puisse être objectivement aussi déterminé et aussi indubitable que les vérités mathématiques, de sorte que les peuples n'aient qu'à le cueillir, comme un fruit mûr sur l'arbre de l'expérience. Le droit affirmerait sa spontanéité en réalisant ce contenu pur et sans mé-

lange, d'une manière uniforme dans tous les cas, malgré les courants et les obstacles. Le moyen le mieux approprié à cet effet est l'établissement d'un appareil *exclusivement* destiné à ce but de réalisation du droit, et qui par son seul contraste avec les autres mécanismes, par le moyen desquels s'exerce le pouvoir public, signale les limites entre ce but de la communauté et les autres. Tout empiètement de la puissance publique dans le domaine du droit est ainsi, sinon rendu impossible en fait, du moins signalé comme une contradiction avec elle-même, comme un acte de violence, et par cela même rendu moralement et politiquement plus difficile. Tant que cette séparation du pouvoir spécialement consacré à la réalisation du droit, de l'ensemble des pouvoirs de l'État, n'est pas accomplie, tant que l'État pourvoit sans distinction à tous les intérêts de la communauté, comme pouvoir unique et sans partage, le droit manque de la condition première nécessaire pour sa spontanéité.

Le premier pas vers la spontanéité du droit est donc la séparation de l'administration de la justice des autres branches de l'administration, au moyen de l'institution d'autorités auxquelles l'État donne la mission, et impose le devoir de dire le droit, c'est-à-dire de *tribunaux*. Le Juge est l'expression personnifiée de la spontanéité et de l'indépendance du droit, reconnues en principe par l'État. A Rome, paraît-il, ce premier pas a été accompli par Servius Tullius. Jusque là toute la puissance publique était exercée sans partage par le roi. [16] Servius Tullius, le premier, a créé des juges pour les contestations civiles, [17] et leur a prescrit les règles d'après lesquelles ils avaient à dire le droit. Vrai ou faux le renseignement est digne de remarque. Il montre que ce roi, ou tout au moins l'intuition populaire qui a donné naissance à la légende, a saisi exactement

[16] Cic. de republ. 5, 2; L. 2, § 1, de O. J. (1. 2.).

[17] C'étaient d'après la conjecture de Bethmann-Hollweg. *Der röm. civil process.* (La procédure civile romaine). I, p. 56 s. les *centumviri* et les *decemviri litibus judicandis*.

l'importance de l'organisation judiciaire dans la constitution, dont le créateur et l'ordonnateur à Rome fut précisément ce même roi.

La simple séparation de l'administration de la justice des autres branches de l'activité de l'État n'est encore que le premier pas indispensable; d'autres doivent le suivre si l'État lui-même veut atteindre son but. Quel avantage, en effet, aurons-nous acquis, si avec le juge, nous sommes exposés au même danger que présentait le pouvoir unique et sans partage de l'État, et que l'on voulait éviter en l'instituant : danger d'abus du pouvoir pour des buts et des considérations étrangères au droit ? L'instrument de l'arbitraire seul aurait changé. Mais comment éviter ce danger aussi longtemps que ce sont des hommes qui disent le droit, aussi longtemps que le droit lui-même n'est pas assis sur le siége du juge ? Comment empêcher le juge de se laisser guider dans son jugement par des considérations étrangères au droit ? L'empêcher complétement n'est, sans doute, pas possible, pas plus que l'on ne peut écarter entièrement l'intervention de l'État dans l'administration de la justice. Mais on peut au moins y apporter des empêchements sérieux. Ici encore, on peut entourer et comprimer l'arbitraire par des institutions qui lui opposent une barrière qu'il ne peut franchir qu'en la brisant, c'est-à-dire en se montrant à nu, tel qu'il est. Ces dispositions sont de deux espèces : la fixation légale des règles de la procédure, et la fixation du fond du droit : La première contraint le juge à partager également le soleil et la lumière entre les deux parties. La fixation du fond du droit l'enlève à la sphère et à l'influence des idées et des sentiments individuels, à l'intimité subjective du sentiment juridique absolu qui est la meilleure retraite de la partialité; elle rend possible le contrôle du juge en donnant au droit une existence matérielle et extérieurement reconnaissable.

Le Juge, l'organisation de la procédure et la fixation légale des principes juridiques qu'il aura à appliquer, sont ainsi les institutions qui en assurant au droit un domaine extérieure-

ment défini et un aspect fixe et perceptible, un mécanisme, lui donnent par cela même les conditions extérieures nécessaires pour réaliser avec le plus de fidélité, d'uniformité et de sûreté possibles, le contenu qu'il doit accueillir. Ces institutions, et la manière dont elles sont organisées, forment la base fondamentale de la justice : la justice dans l'*application* du droit. Ce côté de la spontanéité du droit qui a pour unique objet la réalisation du droit, et qui laisse complétement de côté le contenu du droit, je le désigne sous le nom de spontanéité *formelle* du droit. Sa mesure et son but sont uniquement que ce qui est une fois reconnu comme droit soit inévitablement appliqué comme tel. Son moyen d'atteindre ce but, c'est la *forme*, c'est-à-dire la fixation, l'incarnation de la substance fluide du droit en un corps solide et par cela même limité. Dans la forme se trouve la *force*, mais aussi la *faiblesse* du droit ([18]). La suite de cette étude nous montrera toute la vérité de ces deux assertions. La première se vérifie dans le système dont nous nous occupons ici, la seconde dans le troisième système.

J'oppose la spontanéité formelle ou pratique du droit, qui se confond avec l'aptitude du mécanisme consacré à sa réalisation pratique, à la spontanéité *interne* ou *matérielle* du droit. Cette dernière repose sur l'idée que le droit n'est pas une simple forme qui peut recevoir un contenu quelconque, mais que certains buts sont seuls autorisés à être réalisés dans cette forme. En un mot, elle ne veut pour le droit d'autre contenu que celui qui est donné par l'idée du droit. Il s'agirait donc ici d'indiquer quel est le contenu voulu par l'idée du droit. L'idée du droit! Ce seul mot offre le problème le plus élevé et le plus difficile de toute la science juridique; ce seul mot contient toute la science, sa mission sur la terre, sa position dans le monde moral, vis-à-vis de l'homme et de l'humanité. Ce seul mot renferme en même temps la critique de l'histoire toute entière du droit.

([18]) TRENDELENBURG, *Naturrecht,* (Droit naturel), 2e édit., p. 88.

Si nous avions à traiter, ici, ce problème, il nous serait impossible de prévoir quand nous pourrions revenir sur le terrain de l'histoire. Mais une aussi longue préparation n'est pas nécessaire pour nous donner l'intelligence exacte des phénomènes que nous allons rencontrer. Les observations suivantes suffiront.

Parmi toutes les forces et les idées qui influent sur les actions humaines : le bien, le beau, l'utile, la religion, le droit se distingue, en ce qu'il se sert de la contrainte pour se réaliser et qu'ainsi il entrave la liberté des résolutions spontanées, le libre arbitre. Plus le droit étend son domaine, plus celui de la liberté qui reste à l'homme, diminue. Si le droit pouvait en arriver à comprendre le contenu tout entier de ces autres idées ; si les préceptes de la morale, les usages de la vie, les dogmes de la religion et les lois nationales du beau, du vrai, de l'utile, devenaient des règles du droit, l'individu ne serait plus qu'un automate. Il n'aurait d'autres mouvements à faire que ceux que la loi lui aurait prescrits. Il tombe sous le sens qu'entendu de cette manière, le droit serait en contradiction avec son idée même, c'est-à-dire avec sa mission et sa destination pour l'humanité. Il est impossible, en effet, que cette mission consiste à faire de l'homme une machine, à lui enlever précisément ce qui l'élève au-dessus de la nature inanimée et du règne animal : la libre détermination de ses actions propres. La reconnaissance du droit de spontanéité est donc la première condition que nous attendons du droit. L'étendue et la manière dont cette condition est réalisée dans un droit particulier est pour nous la mesure au moyen de laquelle nous apprécions sa spontanéité interne, c'est-à-dire le degré dans lequel il a compris et reproduit la véritable essence du droit. Cette mission n'est pas la seule qui s'impose au droit. Le but de l'humanité n'est pas seulement d'assurer l'existence éphémère et la libre détermination des actions des individus ; l'humanité s'élève au-dessus de la sphère de la vie purement individuelle, elle comprend des organisations plus élevées et plus durables qui ont également besoin de spontanéité pour la mission qu'elles ont à accomplir.

L'existence de ces organisations se manifeste vis-à-vis de l'individu d'une double manière ; d'abord en élevant à un degré plus élevé son existence morale et son activité; ensuite, en le subordonnant aux buts et aux nécessités de la vie commune, en le restreignant par conséquent dans la spontanéité et la liberté de sa volonté. La mission suprême du droit est de contenir, d'assurer et de renforcer la volonté de l'individu naturel comme celle de ces êtres artificiels. L'on peut, par conséquent, nommer la jurisprudence, la théorie de l'*équilibre de la spontanéité humaine*. L'expérience de l'histoire montre que cet équilibre, bien qu'établi et maintenu par la force de la loi, n'implique pas toujours un équilibre réel de ces deux éléments. Tantôt l'un, tantôt l'autre est plus fortement développé. Tantôt le droit de spontanéité du particulier prévaut aux dépens de celui de la généralité ou de la force du pouvoir public ; tantôt ce dernier prévaut aux dépens de la spontanéité du particulier ou de la liberté individuelle. Dans ce dernier cas se réalise une situation extrême que je nomme la *non-spontanéité* du droit. La première extrémité au contraire, quels que soient du reste les dangers et les maux qu'elle entraîne, reste néanmoins fidèle à l'idée supérieure du droit : que l'homme n'est pas sur la terre un être sans volonté, une machine dans la main de la loi, mais qu'il a reçu de Dieu un empire où sa volonté doit faire pencher la balance. La mesure de la spontanéité ou de la non-spontanéité d'un droit positif est donc pour moi la mesure de la liberté individuelle qu'il garantit. Il résulte de là que nous ne pourrons épuiser complètement la question dont il s'agit ici que dans le chapitre sur la tendance à la liberté (§ 34-41). Ce qui nous reste à voir en ce moment, c'est, sans parler des explications qui se rapportent à la spontanéité formelle du droit développée plus haut, de montrer comment le droit romain antique s'est conduit vis-à-vis de ces idées qui ailleurs, comme l'expérience l'a prouvé, ont grandement entravé la spontanéité du droit en l'asservissant à leur but, comment il les a laissées à leurs propres forces et leur a interdit la forme de la contrainte. Il faut examiner le

contraste que présente à cet égard le droit de tant d'autres peuples, pour apprécier à sa véritable valeur l'importance de l'aspect romain antique de la chose. Dominé par l'élévation de l'idée de la divinité, l'Orient enchaîne les dogmes, les préceptes et les devoirs de la religion dans les liens du droit. Le progrès même que Rome antique réalise sous ce rapport, en séparant justement la divinité de l'humanité, se perd de nouveau pour l'humanité dans le XXe siècle de l'existence de la ville éternelle. Comme en Orient, le droit doit prêter son bras pour poursuivre et punir les hérétiques et les dissidents, jusqu'à ce qu'au commencement du XXXe siècle le protestantisme conquiert de nouveau au christianisme l'idée que Rome païenne avait déjà pratiquée : la liberté de la conscience et du culte.

Dans Rome antique le contraste entre le droit et la morale est fortement tranché. Ce n'est point que les Romains aient estimé moins haut les lois de la morale, mais ils sentaient plus clairement que maint autre peuple que l'homme libre veut le bien pour le bien même et non parce qu'il y est contraint. Mais une nation, comme le peuple chinois, qui s'est engourdie dans une minorité perpétuelle, qui avec toute sa civilisation n'a pas dépassé l'expérience de la vie d'un vieil enfant, n'a jamais compris l'idée de la liberté personnelle et avec elle la distinction entre l'essence particulière et le contenu du droit et de la morale. Les lois de la Chine accompagnent l'habitant du céleste empire dans tout ce qu'il fait, chez lui et hors de chez lui. La fabrication, la poésie, la science même, se réjouissent d'être légalement réglées, et surveillées par l'autorité (19). Et sur le sol européen, si nous voulions chercher des contrastes avec la séparation rigoureusement tranchée dans Rome antique, entre ce qui était purement juridique et ce qui était purement moral ou

(19) V. l'excellent tableau de la situation de la Chine dans Hegel Philosophie de l'histoire.

utile, quelle riche moisson s'offrirait à nous ([20])! Quel sombre tableau nous présente l'état policé moderne à une époque qui n'est pas encore bien loin de nous, en comparaison de l'éclatante lumière que nous découvrent les origines du droit romain antique! Un despotisme éclairé abuse du droit, le droit de spontanéité du citoyen est foulé aux pieds pour favoriser des buts dont l'utilité réelle ou prétendue aurait dû produire tout autre chose dans les lois, que l'asservissement de la liberté personnelle. La législation doit garantir et respecter le plus possible le droit de spontanéité des individus; chacun doit avoir le droit de faire même des choses innopportunes, et il ne doit pas dépendre de la loi seule, comme un corvéable asservi à tous les buts que le pouvoir public juge dignes d'être poursuivis. La législation de cette époque n'avait pas la moindre intelligence de ces idées. Dans Rome antique, au contraire, jusqu'au dernier citoyen en avait le sentiment le plus exact. Voilà aussi pourquoi le droit antique a réalisé ces principes.

Examinons maintenant le droit antique: Voyons dans quelle mesure il s'est conformé aux conditions que nous venons de développer. Nous ne prendrons pas pour base de cet examen la distinction de la spontanéité formelle et matérielle du droit. Il sera plus convenable de grouper la matière d'après les quatre points de vue qui suivent:

1. *Origine du droit écrit* (§ 29).
2. *Spontanéité interne du droit* (§ 30).
3. *Conservation et extension spontanées du droit écrit* (§ 31).
4. *Sûreté et indépendance de la réalisation du droit écrit* (§ 32).

([20]) Je n'entends pas même parler ici du droit turc; car il appartient plutôt aux législations orientales qu'aux législations européennes. V. quant à ce droit N. von Tornauw, *Mosl. Recht*, (Droit Musulman), Leipzig, 1855, p. 56, 83, 92, 93. On y trouve jusqu'à des dispositions légales sur l'arrosage des arbres et la nourriture des animaux.

SECTION 1. — *Origine du droit écrit.*

L'usage et la loi, droit écrit et non-écrit. — Importance de cette antithèse pour la spontanéité du droit. — Tendance du droit ancien vers le système du droit écrit, (droit privé — droit public — les justices populaires).

Leges sunt inventae, quae cum omnibus semper una atque eadem voce loquerentur.
CIC., de off., II, 12.

29. Nous commençons par le premier pas que peut faire le droit dans la voie de la spontanéité; c'est le plus simple, et cependant dans ses conséquences, il est infiniment plus important qu'on ne le croit communément. Je veux parler de la transition du droit non-écrit au droit écrit, des usages et du droit coutumier à la loi.

La question de l'origine du droit est un point capital de divergence entre la théorie du siècle passé et celle de ce siècle. D'après celle-là le droit nait régulièrement de la législation, ce n'est qu'exceptionnellement qu'il procède de la coutume. Le législateur pourvoit l'État de lois. Le droit n'est donc, au fond, que la somme des lois édictées, le produit de l'arbitraire ou de la sagesse législative. Quant au peuple, le droit lui est *a priori* étranger; il lui est appliqué et imposé, il doit l'apprendre et se l'approprier. Telle est la théorie ancienne. D'après la théorie nouvelle, le droit est originairement le produit immédiat de l'activité de l'esprit du peuple. Le sentiment juridique national s'est réalisé immédiatement par le fait et s'est traduit dans les usages (droit coutumier). Dans le cours du temps une seconde source du droit, la législation, vient s'ajouter à celle-là. Elle ne crée pas toujours du neuf; souvent elle ne fait que for-

muler ce qui existe. A côté d'elle et avec le même droit continue d'exister la première source: le sentiment juridique national avec sa réalisation immédiate dans le droit coutumier. Ce n'est pas un mode imparfait et seulement toléré, mais le mode naturel et normal de la formation du droit. Le droit coutumier a été réellement l'enfant gâté de l'école soi-disant historique. Il semble qu'elle ait cru devoir le dédommager par son affection, de l'abandon qu'il avait souffert auparavant (21).

La nouveauté et le mérite de cette opinion sont d'abord d'avoir substitué à la production extérieure et mécanique du droit par voie législative, enseignée jusqu'alors, une origine immédiate c'est-à-dire organique, le jaillissement du droit de la source du sentiment juridique national (22). D'autre part en

(21) Il n'y a peut-être pas de glorification plus exagérée du droit coutumier que le passage suivant que j'emprunte au discours de Stahl sur l'abrogation de la loi communale, le 11 mars 1850, (*Gazette d'Augsbourg,* 1853, n° 15, p. 228). Ce passage mérite d'être conservé pour prouver jusqu'à quel point cette doctrine malsaine et absolument fausse en histoire, a pu s'égarer. « La codification détruit partout ou » relâche au moins, les relations juridiques fermement établies, la » conscience juridique, elle détruit dans tous les cas la naïveté de la » conscience juridique. Aussi est-elle on ne peut plus nuisible pour les » populations de la campagne, car lorsque celles-ci sont arrachées à leur » innocence et que l'on provoque chez elles la réflexion qu'il pourrait » exister tout l'opposé de ce qui existe actuellement, il n'y a plus aucune » retenue chez elles, et plus aucun respect pour le droit. » (!) L'histoire nous montre ce qu'était réellement cet état « d'innocence. » Que l'on se rappelle par exemple l'origine de la loi des XII tables. (L. 2, § 3, 4 de orig. juris 1-2). Les voyageurs qui ont appris à le connaître par expérience personnelle, chez les peuples non civilisés, comme Lad. Magyar, (*Voyages dans l'Afrique du Sud,* I, p. 286. Pest. 1859), voient précisément dans l'incertitude et l'élasticité du droit coutumier la source principale de la confusion du droit. L'idéal du droit coutumier n'existe que dans l'imagination de ceux qui l'ont inventé.

(22) Telle est l'idée que l'on se fait communément de la formation pri-

restituant au droit sa large base nationale et en lui rendant ainsi sa dignité morale, cette opinion a préparé la réconciliation du sentiment juridique subjectif avec le fait extérieur du droit objectif. L'esprit subjectif n'avait pu se concilier avec ce fait : ses aspirations n'ayant pu recevoir leur apaisement, il s'était réfugié dans les solitudes désertes du droit naturel. La notion du droit coutumier lui a permis de se sentir chez lui dans ce monde extérieur comme dans une création à laquelle il aurait lui-même travaillé. Elle lui a appris à ne voir dans cette création que l'expression des aspirations obscures et imparfaites qu'il porte en lui-même.

Mais une vérité nouvelle dépasse facilement le but, et tombe dans l'exagération. C'est ce qui est arrivé en cette occasion, sans que je veuille diminuer en rien le mérite des inventeurs et des premiers partisans de la théorie nouvelle. Toute vérité profonde et nouvelle doit, à mon avis, passer par la phase de l'exagération. Il me paraît seulement que l'exagération, quant à celle-ci, a duré assez longtemps.

Cette opinion attache une importance exagérée à la *formation naturelle* du droit coutumier, elle ferme les yeux sur le progrès immense que fait le droit en passant de l'état de droit

mitive de tout droit. Le droit d'après cette idée est venu au monde sans efforts, comme la langue. C'est le fruit de l'action invisible, inconsciente et paisible de l'esprit du peuple. Cette idéalisation des origines des peuples répond fort mal à tout ce que nous en savons d'autre part, et j'y ai opposé dans mon *Combat pour le droit,* troisième édit., Vienne, 1873, p. 27 et s. une autre opinion qui répond mieux à l'histoire. A toute époque, et par conséquent aussi à son origine, le droit et ses principes ont du soutenir un rude combat pour entrer en vigueur. Je donne sous ce rapport toute mon approbation au passage suivant de Treitschke, dans ses *Historisch-politische Aufsätzen,* (Écrits sur l'histoire politique), p. 137 : « Ce » qui paraît à la postérité être simplement l'œuvre incontestée de l'opi- » nion publique universelle, est en réalité le fruit des rudes combats de » quelques hommes énergiques et opiniâtres. »

coutumier à celui de droit légal. Pour constater ce progrès nous allons comparer ces deux modes d'existence du droit.

L'aspect primitif qui signale les origines du droit de tous les peuples, et que nous retrouvons aujourd'hui même, d'une manière isolée, dans le droit coutumier, présente au premier abord pour une appréciation simplement sentimentale, un côté fort séduisant. C'est précisément le motif pour lequel une saine critique doit le considérer comme entaché d'une imperfection radicale. La perfection apparente de cet état originaire du droit, qui cache une imperfection réelle, consiste dans l'harmonie et l'unité qui le caractérisent. Le droit est un avec son sujet : il vit dans son cœur, comme sentiment, comme conviction juridique (*opinio necessitatis*). Il est un avec la vie : il ne la heurte pas ainsi que le fait la loi, comme une exigence étrangère, mais il lui est immanent, il est son ordre propre, formé par elle-même. Il est un avec le temps, il progresse toujours avec lui et ne retarde jamais, comme la loi. Enfin la conception du droit toute entière est une en elle-même : point de contrariété de lois. La décision ne se puise pas dans un paragraphe isolé, elle résulte de tout l'ensemble du droit. Mais cette unité générale, cette cohésion pacifique est précisément le signe de l'imperfection. *Le progrès du droit réside dans la destruction de cette cohésion naturelle, dans une séparation, une isolation continuelles.*

L'expression : *droit* coutumier n'a pas peu contribué à compliquer la question. Les Romains parlent, à la vérité d'un : JUS *quod moribus introductum est,* mais ils emploient volontiers aussi les expressions : *mores majorum, consuetudo, usus longaevus,* et ces expressions que je rends de préférence par les *usages* ou les *mœurs,* établissent d'une manière frappante, à mon avis, le point de vue exact.

C'est dans les *usages,* les *mœurs* d'un peuple que son appréciation purement *morale* trouve son expression, et la langue indique avec exactitude ce côté moral des *usages* en les désignant sous le nom de *mores.* Mais d'un autre côté c'est précisément dans la même forme que la conviction *juridique* se mani-

feste dans le droit coutumier. *Extérieurement* donc on ne peut les distinguer. Il ne reste comme caractère distinctif que l'élément *interne,* c'est-à-dire l'opposition du droit et de la morale ou la différence que l'on doit s'efforcer d'établir dans chaque cas particulier entre l'obligation juridique et le devoir purement moral. Cette distinction sera aisée, en fait, dans un grand nombre de cas, mais il pourra arriver aussi qu'elle ne s'annonce que comme difference *graduelle* dans la force du sentiment du devoir.

Il arrivera même que la distinction ne se développera d'aucune manière. En un mot le sentiment qui est au fond de l'usage comporte, grâce à son indétermination, la possibilité d'une oscillation de l'un ou de l'autre côté. C'est la substance morale à l'état fluide, le chaos dans lequel les éléments du monde moral flottent encore mélangés ensemble, et dont les antithèses et les espèces ne se désagrègent que très insensiblement. Une excitation extérieure peut pousser la masse fluide tantôt du côté du droit, tantôt du côté de la morale. Dans le premier cas le sentiment se manifeste comme ordre absolu, dans le second cas, qui est en lui-même identique, comme exigence libre (23). Le

---

(23) On peut citer comme exemples tirés de l'histoire du droit romain l'influence des usages sur les rapports de famille à Rome, (§ 36), en particulier les tribunaux de famille, l'exercice du droit de vie et de mort de la part du père et du mari. Les Romains eux-mêmes avaient parfaitement conscience de ce caractère d'indétermination du droit coutumier et du contraste de la loi sous ce rapport. V. par exemple, L. 2, § 3 de O. J. (1-2) : INCERTO *magis jure et consuetudine, quam per* LEGEM LATAM. § 4. *Postea* NE DIUTIUS ID FIERET *placuit,* etc. Les Grecs avaient fait la même expérience quant à l'élasticité et à l'incertitude du droit coutumier, que les Romains avant la loi des XII tables. D'après eux, la véritable liberté politique se manifeste par l'empire de la loi; le droit coutumier présente un côté d'imperfection et de grossièreté qui ne convient qu'à des Barbares : le Grec exprime clairement ce qui doit arriver, il a des lois : νόμους, le barbare n'a que des νόμιμα. V. à cet égard K. F. HERMANN, *Ueber Gesetz...* (De la loi, de la législation et du pouvoir législatif dans l'antiquité), Göttingen, 1849, p. 9, 21.

motif en est que la substance morale se confond encore entièrement avec la personnalité de l'homme. Elle est soumise ainsi, comme tout ce qui est purement interne, aux oscillations de son humeur individuelle.

L'*équilibre des forces,* que nous avons désigné plus haut comme une des qualités fondamentales du droit, n'est donc pas encore établi ici. Le droit n'a point cette fermeté et cette fixité qui forment son essence et qui le distinguent de la morale. La fluidité dans laquelle il se trouve, caractérise cette situation extrême que nous avons nommée plus haut la *non-spontanéité* du droit; et il nous est permis désormais d'opposer l'*usage* au droit, comme état d'*identité du droit et de la morale.*

Nous l'avons déjà remarqué, le droit de tous les peuples a commencé par cette phase primitive, dont la durée varie selon la différence individuelle des peuples [24]. Mais il n'est pas nécessaire que nous remontions jusqu'à une époque aussi reculée de l'histoire, pour apprendre à connaître cette phase primitive. Le spectacle de la formation du droit coutumier se reproduit tous les jours, quoique dans des applications isolées, sous nos yeux, et nous pouvons y vérifier l'exactitude de ce qui précède.

Quiconque s'est trouvé dans le cas de devoir prouver un droit coutumier spécial, m'accordera que ce qui y apparait de toutes parts, c'est ce que j'ai désigné comme le caractère essentiel de l'usage : le manque de précision. Il sait que d'après la diversité des personnes interrogées, le sentiment de la nécessité est ressenti tantôt plus fortement, tantôt à un degré plus faible, c'est-à-dire qu'il se traduit soit comme sentiment juridique, soit comme croyance à une obligation purement morale. L'expérience apprend aussi que selon les juges la même preuve du droit coutumier est considérée tantôt comme acquise, tantôt comme faisant défaut. La théorie du droit coutumier a beau vanter sa

[24] De là la désignation grecque du droit : δίκη, (t. I, p. 219 note 165).

prétendue précision, elle a beau opposer son « sentiment juridique » comme source du droit coutumier *in abstracto*, au sentiment d'une obligation purement morale; dans la vie tous deux ne sont que trop souvent une seule et même masse fluide : le *manque de précision* est la marque congéniale indélébile de la plupart des droits coutumiers concrets ([25]).

Moins un droit, dans son état primitif, possède de fixité et de précision interne, plus sa nature recèle la possibilité d'une fluctuation, et plus la vertu de la justice a une haute valeur dans cette phase. Le droit s'élève avec elle jusqu'à tenter de se délivrer de la mobilité des opinions et de l'influence des intérêts personnels, et de créer l'égalité du traitement juridique. C'est le premier mouvement de la tendance de spontanéité du droit. La justice a encore à se débattre contre toute la substance sentimentale dont elle est enveloppée; il lui faut déployer dans cette lutte un degré extraordinaire de discernement et de fermeté de caractère. De là aussi la reconnaissance extraordinaire qu'elle rencontre et qui n'aurait aucun sens pour les phases postérieures du développement du droit. Dans notre droit actuel le mérite de la justice est infiniment plus restreint. Elle est pour la plus grande partie dans la construction même de notre droit; l'individu n'y ajoute rien de spécial. *Depuis que le droit en lui-même a triomphé du point de vue purement sentimental, ce travail est épargné ou du moins notablement facilité pour l'individu isolé.* Ce qui auparavant devait être péniblement cherché et trouvé, et n'était rencontré que par des natures

([25]) Si l'on en veut une preuve éclatante, que l'on compare les cas dans lesquels notre doctrine parle d'un droit coutumier moderne universel, grandi sur le terrain du droit romain. Là où l'un admet une pratique obligatoire (p. ex. par rapport à l'extension de la *restitutio minorum* à toutes les *universitates personarum*), l'autre dit « qu'une pratique basée sur une » théorie aussi erronée n'est pas suffisante pour motiver le principe en » question. » J'ai nommé les deux coryphées du droit coutumier : Puchta (*Pandectes*, § 103) et Savigny (*System*, VII, p. 161).

d'élite, est aujourd'hui évident, accessible à tous et peut être appris sans grand talent ([26]).

A mesure qu'un peuple acquiert la soif de la justice, c'est-à-dire de l'égalité, il sentira s'élever en lui la tendance à se rendre indépendant des hasards de l'inspiration purement individuelle, et à transporter de plus en plus la justice dans le droit lui-même. *Il en trouve le moyen dans la loi.*

La loi est l'acte par lequel le droit, arrivé officiellement à la conscience de lui-même, se dépouille de sa robe d'innocence. Quoique minime en apparence, cet événement en se généralisant, fait néanmoins surgir dans le droit lui-même, une série de changements de la plus haute importance. Chacun de ces changements a son inconvénient. Celui qui s'en tient là, celui qui oublie qu'il n'y a pas de progrès au monde qui en soit exempt, peut considérer cet état primitif comme celui de la perfection paradisiaque; pour lui la naissance de la législation peut n'être que la chute originelle du droit. Partout où auparavant régnaient l'harmonie et l'unité dans le droit, celles-ci sont brisées comme par la chute originelle. Le droit était un avec le sentiment subjectif. Ils se séparent. Le droit n'est plus ce qui vit dans le cœur du sujet, ce n'est plus qu'une chose inanimée. Le droit était un avec la vie; avec elle il se mouvait et se transformait. Le droit n'était jamais en retard du temps, il n'était jamais en contradiction avec ses nécessités. Cette unité cesse avec la loi. Le droit n'est plus contenu dans la vie, il n'avance plus de lui-même avec elle; il est placé hors de la vie, insensible et immobile; il lui adresse du dehors ses commandements. Le droit s'immobilise dans la forme qui lui est donnée, tandis que la vie

---

([26]) Cic. de off., II, 12. *Jus enim semper est quaesitum aequabile neque enim aliter esset jus. Id si ab uno justo et bono viro consequebantur, erant eo contenti; quum id minus contingeret, leges sunt inventae, quae cum omnibus semper una atque eadem voce loquerentur.*

continue son mouvement incessant. Et cependant celle-ci doit se soumettre à la règle morte du passé !

Ce n'est pas tout : l'appréciation des rapports juridiques concrets se modifie elle-même sous l'influence du droit écrit; ici encore il y a déchéance apparente. Le sentiment juridique était indivisé, un; aucune partie n'en agissait pour elle seule : c'était un miroir qui réfléchissait les rapports juridiques concrets, en une fois, dans toute leur étendue, et de tous les côtés ([27]).

En un mot, les rapports juridiques concrets s'appréciaient dans la période de naïveté du droit par leur expression d'ensemble, Et maintenant? Le miroir est brisé; les éclats et les débris sont devenus les paragraphes étroits d'une loi ou d'un code. C'est là désormais que chaque cas concret doit se réfléchir, sous cet aspect dans tel paragraphe, sous cet autre dans tel autre paragraphe. A la place de l'unité, on se trouve devant un morcellement complet.

Il est facile, comme on le voit, de découvrir le défaut du droit écrit et d'exciter chez des esprits romanesques et dépourvus de jugement l'amour du *droit qui est né avec nous*. La vérité n'a pas aussi beau jeu ; le sentiment naturel chez l'homme la contredit d'avance. La tendance du droit vers la spontanéité et l'objectivité, dont la loi est l'émanation, a tout d'abord pour but de *briser le règne du sentiment dans le droit* ([28]). Toute la méthode, la technique, la construction du droit tendent au même but. On comprend que le sentiment qui se voit menacé ainsi dans son essence la plus intime, se redresse, et que plus la nature sentimentale prévaut chez un peuple ou chez un individu, plus il lui est difficile de se concilier avec cette tendance du droit. Tous ces changements que fait surgir le système du droit écrit reposent donc sur la séparation et l'isolation. Nous avons ici l'occasion d'apprécier la vérité de la remarque faite

([27]) V. sur ce contraste, III, note 13.

([28]) Tite Live. II, 3 : *Leges rem surdam inexorabilem esse, nihil laxamenti nec veniae habere, si modum excesseris.*

plus haut, que le progrès du droit consiste en une séparation. La vie indépendante de l'enfant ne commence que du moment où il est détaché de la mère, de même le droit ne vit de sa vie propre que lorsqu'il se sépare du sentiment juridique national qui fut son origine. Or, c'est la loi qui crée cette séparation. Le droit y perd assurément sa fluidité et sa mobilité ; mais cette perte ne peut être comparée à l'avantage qu'il retrouve, c'est-à-dire la fixité, la précision, l'uniformité, en un mot la spontanéité. Le droit écrit peut aussi, du reste, acquérir une certaine élasticité, comme le 3e système nous le montrera. En se modifiant lui-même, il peut toujours suivre le développement des relations juridiques et des vues nationales. Ensuite la précision, la sûreté, l'égalité, le calme et la fixité du droit sont infiniment plus importants pour la vie que la faculté de se conformer toujours, à chaque moment, et pour chaque rapport particulier, aux exigences de la vie. En effet, les rapports dans lesquels se traduit la vie juridique de l'espèce, ne sont pas tellement individuels qu'ils ne puissent pas être typiquement réglés par la loi. Il suffit pour cela que la loi, dans sa classification, descende assez profondément dans le détail. D'un autre côté, ces rapports ne sont pas si changeants que l'on ne puisse pas, sans violence, les soumettre pour longtemps à une règle unique.

Le progrès positif que fait le droit lorsqu'on l'écrit, peut s'exprimer en un mot comme étant la *transition de l'intimité subjective à l'extériorité objective*. Ce progrès lui a fait acquérir tout d'abord la spontanéité dans la *forme*. L'usage, sa manifestation primitive, n'était rien moins que sa forme propre. Ce qui est purement *opportun*, ce qui n'a pas le moindre rapport avec le droit peut aussi être un usage. La loi, au contraire, est la forme exclusive du droit. Ce qui est usage, n'est pas par cela seul droit, la loi, au contraire, est toujours l'expression du droit. Ainsi a pris fin désormais l'indétermination du droit quant à la forme. Ensuite, et surtout, la qualité la plus importante du droit : son uniformité, se trouve préparée. Semblable à l'origine à une image réflé-

chie dans l'eau et soumise à toutes les fluctuations de la surface réfléchissante, le droit se réflète désormais dans un miroir immobile. Il en est, il est vrai, de ce miroir comme de tout autre. Tout dépend de celui qui y plonge ses regards. Comme toute chose objective conçue par l'homme, la loi n'exclut pas entièrement l'influence des différences subjectives et des dispositions de l'individu, mais elle a conquis cependant un point d'appui objectif; jusqu'à un certain point une digue est opposée aux oscillations de l'appréciation individuelle, aux influences du sentiment. D'objet du sentiment qu'il était, le droit devient objet de l'entendement, il est logiquement appréciable, objectivement mesurable. La raison discursive remplace de plus en plus, par conséquent, l'intuition.

Nous parlions plus haut de l'appréciation des rapports juridiques d'après l'impression que laisse leur ensemble, son défaut consiste en ce que cette impression peut aisément et d'une manière inconsciente, être faussée par des influences étrangères. Il est impossible de faire une comparaison rigoureuse des divers cas lorsqu'on ne les considère que dans leur totalité; mais il faut, comme pour la comparaison chimique des corps, les résoudre dans leurs parties fondamentales: il faut décomposer, comparer et peser isolément ces parties. Nous aurons occasion, dans un passage ultérieur, de voir la chimie juridique à l'œuvre. Nous n'insisterons donc pas en ce moment sur ce point, et nous en reviendrons au droit romain antique pour le considérer sous le point de vue que nous venons de développer.

Il eût été complétement contraire à la nature des Romains de se complaire longtemps dans la naïveté primitive des usages. Un droit que plus qu'aucun autre, animait, au moins pour les relations civiles, une force spontanée, doit avoir marqué une tendance décidée vers le système du droit écrit. Ce qui est significatif sous ce rapport, c'est que l'époque postérieure attribua à des lois de Romulus et de Numa, même les dispositions de l'époque primitive qui étaient évidemment des produits naturels. Il paraissait tout simple à l'esprit

romain que la réflexion et la conscience donnassent une forme au monde moral, ou du moins qu'elles dussent concevoir et traduire sous forme de lois ce qui existait (§ 8).

Cette époque la plus antique avec ses lois prétendues est placée hors de notre vue. Le droit de la république au contraire nous offre l'image d'une grande activité de la législation, mais nous ne pouvons naturellement la considérer ici en détail. La loi des XII tables, est le phénomène le plus saillant de cette période : là est le fondement de tout le deuxième système. La loi des XII tables n'était au fond qu'une codification du droit existant. Comme les phénomènes analogues chez d'autres peuples, par exemple chez les Germains à l'époque de la migration des peuples, elle était née de l'incertitude devenue sensible du droit. C'est au moins là le motif que l'on donna de son origine dans la suite ([29]). En règle générale ce sont les perturbations profondes de la vie antérieure des peuples, qui produisent une pareille incertitude, entraînant la nécessité de la codification, ce sont notamment les afflux importants de nouveaux éléments ethniques, et les changements opérés dans la composition des couches sociales, etc. A Rome la cause en résidait dans la perturbation produite dans la position des patriciens et des plébéiens par suite de l'expulsion des rois. C'est à la plèbe que revient le mérite d'avoir imposé la codification du droit existant, qui fut si féconde en conséquences pour tout le développement du droit romain. Le but était de formuler d'une manière complète tout le droit en vigueur. Cette formule, pas n'est besoin de le dire après nos explications sur le rapport des formules du droit avec le droit réel (T. I, Introduction), ne pouvait être rédigée que d'une manière approximative. Ce n'est

([29]) POMPONIUS, L. 2, § 3 de orig. juris (1-2), *iterumque coepit populus Romanus incerto magis jure et consuetudine uti, quam per legem latam.* On attribue la législation de Dracon à la même cause : à l'incertitude devenue insupportable du droit. K. F. HERMANN, dans l'ouvrage cité à la note 23, p. 31.

pas le moment d'entrer plus avant dans l'examen de la loi des XII tables; il suffit ici d'avoir relevé le fait de cette codification. Nous aurons à revenir encore souvent, du reste, sur cette loi, à d'autres points de vue.

Nous avons dit que le droit antique, en général, accusait une tendance vers le système du droit écrit. Cette assertion demande à être prouvée par l'examen des diverses parties du droit. Cette tendance se manifeste de la manière la plus décidée sur le terrain du droit privé et de la procédure civile ; elle se marque moins fortement dans le droit public, et moins encore dans le droit criminel.

Celui qui se livre sans prévention à l'impression qui ressort de l'étude du droit ancien trouvera dans les deux premières matières tout autre chose qu'une confirmation de la théorie de l'école historique sur l'existence et la progression *naturelles* du droit ([30]). Les premières pages de l'histoire romaine nous offrent déjà une œuvre de législation fondamentale : celle de Servius Tullius. L'esprit romain identifiait si bien le règne du droit avec celui de la loi, qu'il transformait même les idées de l'époque mythique en lois de Romulus et de Numa Pompilius ([31]). Il ne parvenait pas à s'expliquer, que malgré les lois

([30]) Puchta, *Gewohnheitsrecht* (Droit coutumier), T. I, p. 16, paraît être d'un avis diamétralement opposé, il croit même que chez les Romains l'opposition entre le droit légal et le droit coutumier n'a jamais eu l'efficacité qu'elle a de nos jours. Il s'appuie à cet effet sur l'*interpretatio,* qui n'était considérée que comme une continuation du droit écrit. Mais cet argument prouve plutôt contre son opinion : il reconnaît lui-même (p. 24) « la prééminence du droit légalement couché par écrit de la loi des XII » tables, auquel tout autre droit devait être rattaché, ce dernier devenant » ainsi identique avec lui, mais aussi n'occupant qu'une place secondaire » après le droit légal. »

([31]) C'est ainsi que d'après Tite-Live (I. 8) la législation date de la fon-

royales, la législation des XII tables fût devenue nécessaire si tôt après l'époque de la royauté, autrement qu'en intercalant au commencement de la république une période de droit coutumier, c'est-à-dire de droit *incertain* à ses yeux ([32]). Varron désigne la loi comme la source unique à laquelle le Préteur, à l'époque ancienne, pouvait puiser ; le censeur seul pouvait se guider d'après l'équité (c'est-à-dire, d'après le droit non-écrit) ([33]). Gaius lui-même, en énumérant les sources du droit dans un *manuel d'Institutes,* oublia complètement le droit coutumier ([34]), et Aelius ne trouva aucune place pour le droit coutumier dans sa division tripertite ([35]). La procédure antique trahit par son nom même (legis *actio*) le rôle qu'y joue la loi. A tort ou à raison Gaius et Pomponius ne virent dans les *legis actiones* qu'une institution ayant pour but la réalisation des *lois*, adaptée aux lois avec la précision la plus minutieuse et destinée à mettre une fin à la candeur aimable dont jouissait le droit pendant son existence naturelle ([36]). Gaius ne trouve à citer qu'un seul cas où une *legis actio* ait été étendue à un autre rapport que celui en vue duquel la loi l'avait introduite : c'était celui de la *legis actio per pignoris capionem,* et encore ce n'était là qu'un acte extrajudiciaire dont la nature de *legis actio* était fort contestée. Aucune des réformes importantes, auxquelles la procédure fut soumise dans le cours du temps,

---

dation même de Rome : *vocata multitudine, quae coalescere in populi unius corpus nulla re* PRAETERQUAM LEGIBUS *poterat, jura dedit.*

([32]) Pomponius, dans la loi déjà souvent citée. L. 2, § 3 de O. J. (1. 2.).

([33]) Varron de L. L. VI, 71, *quod tum praetorium jus ad legem et censorium judicium ad aequum aestimabatur.*

([34]) Gaius, I, 2. C'est ce que fait remarquer avec raison Lenz, *Ueber die gesch. Entst...* (De l'origine historique du droit). Greifswald et Leipz., 1854, p. 164, qui partage l'opinion développée ici.

([35]) L. 2, § 38 de O. J. (1. 2.).

([36]) Pomponius, *l. c.*, § 6 : *ex his legibus actiones compositae sunt... quas ne populus* PROUT VELLET *institueret, certas solennesque esse voluerunt.*

ne surgit sous forme de droit coutumier. Gaius nomme une loi pour chacune de ces réformes, et même l'amendement graduel et coutumier des formules de la procédure des *legis actiones* était interdit à cause de leur dépendance connue des lois (Gaius, IV, 11). En résumé, la procédure romaine antique est, dans sa base même et dans toute son histoire, la protestation la plus catégorique et la plus claire contre le droit coutumier ([37]). Si l'on songe que l'incertitude du droit coutumier est alléguée comme le motif qui a donné lieu à la confection de la loi des XII tables, on comprendra cette protestation. Le but de toute l'institution était de mettre le magistrat dans l'impossibilité de juger d'après une autre source du droit que les *lois*. Ce but n'aurait été atteint qu'à demi, si les lois qui devaient mettre une borne à l'arbitraire du magistrat, s'étaient arrêtées comme nos lois de procédure actuelles à la forme du procès. Mais ce n'était nullement le cas; en effet, notre distinction moderne entre le fond du droit et la procédure était étrangère à l'époque antique (III, 19); les *legis actiones* contenaient en même temps le fond du droit. Une demande qui ne pouvait invoquer en sa faveur aucune loi, n'existait pas pour le juge.

Le champ d'action du droit coutumier était donc fort restreint dans le droit ancien. En dehors du cas de la *pignoris capio*, je n'en connais d'autre exemple que l'allégement que se procura le Préteur dans les instances sur la propriété, en n'accompagnant plus comme auparavant les parties sur le terrain litigieux (*manum conserere*) lorsque l'extension du territoire romain eut rendu la formalité génante (II, 600) ([38]). Quant au fond du droit, je ne connais pas d'exemples, à cette époque, de produits spontanés du droit coutumier. Ceux que l'on pour-

([37]) Je reviendra sur ce point au § 53.

([38]) Gell., XX, 10, *institutum* contra *XII tabulas tacito consensu*. La *querela inofficiosi*, née de la pratique de la juridiction centumvirale, appartient au troisième système. J'y reviendrai à cette occasion.

rait vouloir désigner comme tels, sont des produits de l'*interpretatio* des juristes (§ 31), c'est-à-dire du progrès de la *loi*. Si l'on veut considérer le travail des juristes comme du droit coutumier, ce dernier dans ce cas s'enrichira grandement : car sous le manteau de l'*interpretatio* l'œuvre des juristes faisait réellement éclore des principes nouveaux du droit. Mais j'espère prouver sans réplique, plus loin (§ 49, 53-68), que ces créations des juristes, ou le *jus civile* dans le sens étroit, ne suffisent nullement à étayer l'idée de la croissance *naturelle* ou organique du droit, et que tout ce qui est sorti de leurs mains porte le sceau d'une intention calculée et d'un art hautement perfectionné, opérant d'après des règles tout-à-fait déterminées. Si le droit romain est devenu grand, il doit sa grandeur uniquement à cette circonstance qu'il n'a jamais connu, ou bien qu'il a traversé de bonne heure cette prétendue période du sommeil, cet assoupissement primitif dans lequel l'homme se croise les bras, où la *force naturelle* agit seule; et qu'il est devenu très tôt l'objet de la réflexion et de l'activité consciente des hommes (39).

Un autre motif, plus général, vient se joindre aux témoignages historiques spéciaux que je viens de citer; et celui-là il m'est impossible de le concilier avec le prétendu rôle important qu'aurait joué le droit coutumier dans le droit romain privé de l'antiquité. C'est la tendance vers la précision formelle extérieure, tendance qui se manifeste d'une manière incontestable dans le droit ancien. Il répugnait au droit ancien de reconnaître une efficacité juridique au pacte nu, c'est-à-dire à la volonté individuelle dépourvue de formes; il devait être tout aussi contraire à sa nature d'en accorder une à la volonté générale dépouillée de formes, ou à la volonté objective, c'est-à-dire au

(39) Je ne citerai ici ni un chapitre ni même un paragraphe quelconque du deuxième système; je devrais les citer tous, car chaque matière que je traiterai apporte la preuve de cette assertion.

droit coutumier. Ce n'est pas l'absence de formes qui constitue l'imperfection dans ces cas, mais bien en même temps que le défaut de formes, le manque de précision. Il est tout aussi difficile selon les circonstances de discerner si une promesse dénuée de formes a créé un lien moral ou un lien juridique, que de savoir si une coutume est basée sur le sentiment de la nécessité juridique ou sur le sentiment d'une obligation simplement morale. Le formalisme (§ 50-53) est un des traits fondamentaux les plus saillants du droit ancien. Dans le droit privé il a conduit aux conventions formelles, dans la procédure il aboutit aux formes d'actions fixes. A moins de se démentir lui-même, il devait, quant aux sources du droit, amener la formation et le développement du système du droit écrit en opposition avec le système du droit non-écrit.

Les relations privées peuvent sans inconvénient être soumises à des règles fixes et inflexibles. Elles se meuvent dans des formes stéréotypées. La régularité, la sûreté, la visibilité, sont précisément ce qu'elles réclament. Plus les voies leur sont tracées avec exactitude et précision, plus les avantages qu'elles en retirent sont nombreux. Mais il en est autrement de l'État et de la vie publique. Les situations qu'il peut rencontrer, comme les mesures qu'il y a lieu de prendre, ne peuvent être calculées d'avance. Il doit pouvoir parer à l'extraordinaire, et posséder à cette fin une organisation flexible et élastique qui le rende apte à pouvoir se heurter à des cas anormaux. S'il n'en est pas ainsi, si une politique à courtes vues, dans une prétendue sagesse, a bâti son organisation sur le patron d'une horloge, où chaque ressort, chaque rouage, a son jeu exactement assigné, où la moindre déviation est impossible, tout événement extraordinaire ou bien entraîne une interruption et les conséquences les plus sensibles, ou bien contraint le pouvoir public à renverser violemment la constitution. Habitués par leur droit privé à fixer le droit, à lui assurer une existence objective, les Romains ont fait preuve d'un instinct politique fort développé en ne se laissant pas entraîner à réaliser le même but en ma-

tière de droit public. Tandis que dans la procédure civile ils avaient, au moyen de la loi et avec un soin jaloux, lié les mains au magistrat, ils ne se dissimulaient pas que dans les rapports du droit public c'est la libre intention et non pas la règle morte qui doit prévaloir : ils se gardaient bien d'enlever au magistrat le pouvoir de faire le bien, pour en arriver à l'empêcher de faire le mal (§ 40).

C'est dans le *droit criminel* que l'empire de la loi s'est le moins manifesté ([40]). Aussi longtemps que le peuple lui-même exerça la juridiction criminelle dans ses comices, cette forme de procédure resta tout au moins défavorable pour la fixation des principes du droit pénal. La loi des XII tables contenait bien quelques dispositions criminelles spéciales, notamment le principe général que les peines capitales ne pouvaient être prononcées que par les comices par centuries. On mentionne bien dans quelques cas les *leges* et les *mores* comme bases de l'accusation ([41]); mais il n'en est pas moins vrai que la manière même dont le peuple exerçait le pouvoir qui lui appartenait, prouvait qu'en général il ne se sentait pas lié par des règles, qu'il s'abandonnait à l'impression d'ensemble du cas, à l'inspiration du moment, nous pourrions même dire à notre point de vue moderne, au pur caprice et à l'arbitraire. Un seul et même crime entraînait souvent des peines fort différentes : des motifs qui, d'après nos idées actuelles, n'ont rien de commun avec la culpabilité de l'individu faisaient souvent pencher la balance ([42]).

([40]) C'est la partie où nos idées actuelles le réclament le plus. L'opposition de notre droit moderne et du droit romain antique est contenu dans ces deux maximes : *nulla* POENA *sine lege* et *nulla* ACTIO *sine lege* (*legis actio*).

([41]) TITE LIVE XXVI, 3... *quominus seu legibus, seu moribus mallet, anquireret.*

([42]) V. sur ce point E. PLATNER, *Quaestiones de jure criminum Romano.* Quaest. I et GEIB, *Geschichte* (Histoire de la procédure criminelle à Rome), p. 125-128.

On a nommé cette juridiction criminelle du peuple le cumul du pouvoir législatif et du pouvoir judiciaire; les jugements étaient considérés comme des lois pour des cas particuliers ([43]). Cette façon d'envisager les choses est parfaitement exacte. Mais d'où vient que le peuple juridique par excellence ait accompli si tard sur le terrain du droit criminel cette séparation entre le droit et l'application du droit, qui est la première condition de la spontanéité et de l'uniformité du droit? Et lorsque la tendance à la fixité, à la précision, à l'objectivité, à l'uniformité est si profondément empreinte dans le droit civil tout entier, d'où vient que le droit criminel ait pu se maintenir si longtemps dans un état précisément opposé de fluidité extrême et de dépendance complète de la subjectivité du sentiment? Le raison en est, je crois, dans l'idée antique du rapport du citoyen avec l'État. Dans notre conception actuelle ce rapport est purement juridique : l'État exige de ses membres des actes extérieurs, le sentiment dont procèdent ceux-ci lui est assez indifférent. L'État antique au contraire ne demande pas des actions; c'est à l'âme qu'il s'adresse, il s'appuie sur le sentiment de l'amour et de l'abnégation et il y a là certes une source abondante d'actions les plus nobles et les plus belles. Ses exigences sont donc toutes *morales, internes:* celles de l'État actuel, sont de nature *juridique, extérieure.* Ce n'était pas

([43]) Geib, *l. c.,* p. 125 : « Comme en Grèce, c'était à Rome un principe fondamental que les juges, dans les affaires criminelles, n'étaient pas simplement des serviteurs de la loi et comme tels subordonnés à la loi, mais qu'il devaient en même temps, dans une certaine mesure, être considérés comme les maîtres de la loi; qu'ils devaient par conséquent, chaque fois que les circonstances l'exigeaient, s'élever même *au-dessus* de la loi et se constituer en quelque sorte en législateurs pour un cas particulier. » p. 127 : « Le peuple n'etait pas toujours, selon les cas, législateur ou juge, mais il réunissait souvent ces deux qualités dans le même moment, et elles finirent par se confondre à tel point qu'en théorie même, elles se distinguent à peine l'une de l'autre. »

par une action extérieure légale, que le Grec et le Romain pouvaient concourir au vœu de l'État; ils ne se trouvaient pas avec lui sur un pied de réciprocité égale, où comme aujourd'hui, duper l'État, eût à peine été considéré comme une action déshonorante : mais le citoyen appartenait à l'État, avec tout ce qu'il était et tout ce qu'il possédait. Il n'était pas besoin de loi pour lui apprendre comment il devait agir extérieurement à l'égard de l'État; l'amour non plus n'a que faire de pareilles instructions. Son propre sentiment lui dictait sa conduite. C'est pour cette raison que la censure pénale que l'État exerçait contre le citoyen ne portait pas sur des actes particuliers, extérieurs; elle comprenait, comme l'État lui-même, l'individu dans sa personnalité toute entière. L'action punissable, qui chez nous forme l'*objet* d'une enquête, n'en était que l'*occasion* dans l'antiquité. Ce ne sont pas des règles de droit et des actions isolées, c'est le peuple tout entier, d'un côté, et de l'autre le délinquant qui se trouvent ici en présence. Le peuple avec sa manière de penser et de sentir, est le miroir dans lequel va se réfléchir l'existence morale toute entière du délinquant, où l'on va lire sa déchéance de la dignité nationale. C'est la conscience nationale qui se dresse devant lui, dans toute son autorité : ignorance, défaut de prohibition légale expresse, sont des subterfuges qui ne peuvent le disculper ([11]). Ce n'est pas le fait qui est puni dans sa personne, c'est l'intention dont ce fait est l'émanation, intention qui n'a nullement commencé avec lui, mais qui est seulement devenue patente à son occasion. Ce n'est pas la précipitation d'une heure de faiblesse, c'est la valeur de toute une vie qu'on pèse et qu'on juge.

([11]) *Civem*, dit PLATNER, *l. c.*, p. 8 : *scire debet ex notione reipublicae, cui adscriptus est, quae peccata sint fugienda, si in poenam incurrere nolit. Legem hic omnino deesse dici nequit, verum enim vero lex, qua poena infligitur, est illa omnium civium communis conscientia, quae cum unoquoque quasi nascitur et adolescit, ita ut a nemine ignorari possit, qui vinculo reipublicae illigatus teneatur.*

Quelque belle, quelque attrayante que soit cette manière de traiter les affaires criminelles, il n'en faut pas moins reconnaître, que malgré sa légitimité relative, elle appartenait à une phase imparfaite du développement du droit. Ce droit à la fois créé et appliqué dans un cas particulier ([15]), combien ne dépendait-il pas de l'opinion momentanée du peuple, de considérations et d'influences politiques, de mille hasards, en un mot, qui n'avaient rien de commun avec la culpabilité de l'accusé. Il en est de la conscience nationale, appelée à rendre un jugement, comme de la conscience de l'individu : celle-ci n'est pas à tous moments également éveillée : celle-là était d'après le temps et les circonstances tantôt plus sévère et plus irritable, tantôt plus indulgente et plus indolente. Excitée ou apaisée par des moyens artificiels, par des discours et des répliques qui se tenaient très-logiquement dans la sphère du sentiment, elle ne donnait pas en fait à l'accusé la garantie de la justice vraie, c'est-à-dire de la justice restant toujours égale à elle-même. Celle-ci, ne pouvait être atteinte qu'en pratiquant une séparation : il lui fallait l'abolition de cette identité du législateur et du juge, il fallait soustraire le droit aux influences de la politique et de l'opinion du moment, réaliser la séparation du fait et de la personnalité de l'auteur ([16]) ; il fallait en un mot ériger des règles objectives et les couler sous forme de Loi. C'est la voie dans laquelle le droit romain est entré vers

([15]) Par exemple pour satisfaire la vengeance populaire : Tite Live, II, 35, *se judicem quisque, se dominum vitae necisque inimici videbant ;* comme moyen pour des buts politiques : par ex. XXXVII, 58 ; III, 59 : *hoc anno nec diem dici cuiquam nec in vincula duci quemquam suum passurus ;* IV, 41 : De deux accusés du même crime, l'un condamné et l'autre acquitté : une vraie loterie !

([16]) Cette opposition qui est d'une importance si extraordinaire pour la procédure est fort bien indiquée par Gellius, XIV, 2, qui la signale à propos d'un litige qu'il avait lui-même à trancher : *ut cognovisse et condemnasse de moribus, non de probationibus rei gestae viderer.*

la fin de la république, que le monde moderne a poursuivie et qu'il n'abandonnera plus jamais.

Nous concluons de cet examen du droit ancien que sa tendance à la fixation extérieure se manifestait dans une mesure différente selon qu'elle s'exerçait sur les diverses parties du droit. Autant le droit privé se laissait régir par cette tendance, autant tout ce qui touchait au droit public lui résistait. Je trouve là le motif principal de l'avance que la culture scientifique du droit privé a prise sur celle du droit criminel. Lorsque ce dernier commença à se fixer dans les lois sur les *quaestiones perpetuae,* le premier avait déjà, depuis des siècles, conquis l'avantage de la fixité. Il faut ajouter du reste, que cette fixation du droit criminel tombait dans une époque des plus défavorables : celle de la dissolution de la république.

SECTION 2. — *Spontanéité interne du droit.*

Séparation des éléments étrangers. — L'élément religieux satisfait dans le *fas,* l'élément moral et économique dans la censure. — La censure contrepoids du droit. — Contraste tranché entre le droit et la morale.

> *Inter ea relinquimus, quae ad judices deos mittimus.* SENECA de benef., III. 16.

30. Pour apprécier la spontanéité interne du droit antique de Rome (p. 23), il faut avoir égard tout d'abord à la différence du *jus* et du *fas*, développée plus haut (§ 21). La substance religieuse, en tant qu'elle avait un rapport juridique, acquérant dans le *fas* une existence séparée, le *jus* devint complètement libre du côté religieux. Il put, sans rencontrer d'obstacle dans

des considérations ou des nécessités religieuses quelconques, élever le côté purement humain du droit privé à son expression la plus pure et la plus complète. Le dualisme de ces deux parties ou modes du droit s'étend indubitablement bien au-delà de la Rome historique. Il existe déjà sur le seuil de l'histoire du droit romain proprement dit. Je ne rechercherai pas si ce dualisme fut en même temps ethnique et s'il a été apporté à Rome par la rencontre de deux peuples dont l'un avait conçu le droit comme *fas*, et l'autre comme *jus*, ou s'il ne fut que l'œuvre d'un seul peuple. Le droit romain qui le trouva tout établi, en retira un avantage extraordinaire. Ce dualisme imprima de prime abord dans l'esprit romain une conception du droit à laquelle bien d'autres peuples n'ont jamais atteint; il assura dès le principe au droit privé une liberté complète de mouvement.

Ce qu'il y avait originairement d'éléments religieux dans le droit, s'était refugié, pour ainsi dire, dans le *fas*. Après cette séparation, les autres germes et substances contenus dans le droit, et qui lui étaient étrangers, s'en détachèrent à leur tour, et trouvèrent leur place dans la censure. Ici, comme là, l'élément embarrassant ne fut pas simplement mis de côté, écarté, mais l'instinct romain trouva un meilleur moyen d'assurer le droit contre ses atteintes. Il assigna à cet élément, *en dehors* du droit privé, un champ d'action où il trouvait sa pleine satisfaction, sans avoir la tentation de la chercher dans le droit et aux dépens du droit. Quel était cet élément? La censure elle-même nous répondra. Nous allons examiner une de ses faces : le jugement des mœurs [47].

[47] La relation de ces fonctions judiciaires avec les fonctions financières du censeur n'est pas aussi accidentelle qu'il pourrait paraître au premier abord. A ce dernier point de vue la censure avait pour objet de dresser la *statistique des forces nationales ;* de là aux autres fonctions, au soin de la conservation des forces nationales, il n'y avait plus qu'un pas. Or, cette fonction n'est pas seulement de nature financière, mais aussi de nature morale.

Analysons les cas dans lesquels le censeur intervenait (48). On nous cite comme tels : le parjure, l'adultère, le divorce sans motifs, le célibat, l'inhumanité envers les subordonnés, y compris les esclaves, la débauche, la prodigalité, même le luxe simple, l'altération des rapports économiques, l'exercice désordonné de l'agriculture, la conduite publique blâmable, par exemple la brigue de la faveur populaire, la soif des nouveautés, le manque au respect dû à l'autorité, etc. Cette énumération indique que le pouvoir du censeur ne s'exerçait pas uniquement sur des faits d'immoralité proprement dite ; il s'étendait à des actions qui peuvent être considérées comme déraisonnables plutôt qu'immorales, en un mot à des actions dont le *diligens paterfamilias* romain avait coutume de s'abstenir. Le censeur ne représentait pas seulement les intérêts de la morale, mais aussi ceux de l'économie politique publique ou privée : il était la règle personnifiée de la morale rustique.

Tels étaient les intérêts que j'avais en vue en parlant d'un élément *étranger* au droit qui a trouvé satisfaction dans la censure. On me contestera l'expression : *étranger*. Il importe peu du reste ; je ne l'ai choisie que pour accentuer comme il convient la différence entre ces intérêts et le principe du droit. Je ne conteste pas qu'il n'y ait dans tout droit des dispositions qui doivent réaliser des buts pareils ; mais si ces dispositions voulaient usurper le premier rang sur le terrain du droit, c'en serait fait de la liberté juridique et par conséquent du droit lui-même. La liberté juridique consiste précisément à faire de son propre mouvement ce qui est moral et opportun (49).

Nous avons désigné plus haut (§ 17) la censure comme une institution née du principe de famille. Son prototype était la surveillance suprême que la *gens* exerçait sur ses membres. Mais

(48) V. JARKE, *Versuch*.... (Essai d'une exposition du droit criminel censorial des Romains). Bonn, 1824, chap. 2.

(49) V. plus haut, p. 24, 27 et § 34.

dans la constitution de la gentilité n'apparaissait pas encore la séparation qui trouva son expression dans l'opposition de la censure et du droit. La *gens* embrassait sans distinction toute l'existence morale, juridique, politique et religieuse de ses membres. Lorsque, grâce à la plèbe, le droit privé s'arracha des liens du principe patricien de la famille (§ 25), lorsque le principe du droit fit irruption dans toute sa force, l'équilibre entre le droit et la morale, jusque là resté contenu dans le droit même, trouva tout naturellement un appui extérieur dans ce contrepoids de la censure. On n'avait fait que transporter en dehors du droit le tempérament que jusque-là il avait porté en lui-même. Après comme avant, le mariage dut être tenu pour sacré, le père dut s'abstenir d'user de cruauté envers ses enfants, le propriétaire dut user de sa propriété avec mesure et avec les ménagements dûs à sa famille. Mais cette obligation ne fut édictée que comme devoir moral imposé par l'organe public du censeur; le droit reconnaissait la liberté de faire le contraire. L'extension extraordinaire que l'on donna à cette liberté (§ 34) prouve la grande confiance que cette époque avait en sa propre moralité. Un regard jeté sur la censure, défend de découvrir dans cette liberté une preuve en faveur de l'indifférence en matière de morale. Elle met en pleine lumière l'intérêt que l'État prenait à la moralité. Si l'État assignait à la liberté *juridique* un champ d'action aussi vaste, on peut en conclure qu'il le *pouvait*. La vie de l'antiquité confirme cette conclusion. L'époque possédait une force morale assez puissante pour user de cette liberté avec mesure, et le censeur était en état de réprimer tout abus quelconque. Plus tard ce furent des restrictions légales qui obtinrent ce résultat. Les moyens différents dont se servirent, pour atteindre ce but, l'époque ancienne et l'époque postérieure, les caractérisent l'une et l'autre.

Le caractère positif de la censure comme protectrice et tutrice de la morale, et son caractère négatif, son opposition avec le droit, sont maintenus dans toute la structure de l'institution. Le droit est fixe et écrit, les mœurs ou usages et le sentiment

moral, qui en fait la base, sont flottants; aussi la tendance à la fixité, à la précision, et, pour les règles qui trouvent leur application dans la vie, à l'écriture, ne se trahit pas dans le domaine de la police morale du censeur, tandis qu'on la voit se manifester si hautement dans tout le reste du monde romain ([50]). Pour quel motif ne se développa-t-il pas ici, comme dans la pratique des Préteurs, un *edictum perpetuum*, un Code officiel de la moralité romaine? ([51]) Là se révèle de nouveau le tact romain qui sut maintenir la liberté des mœurs et du sentiment individuel de la moralité, en opposition avec la contrainte et l'objectivité du droit. Il échappa à la tentation toute inhérente au caractère de la censure, en tant qu'institution publique, de fixer et de régler les principes de la morale, d'entraver ainsi le libre mouvement de l'esprit moral. Le génie de l'Orient y eût succombé. La religiosité romaine se fixa, mais non pas la moralité romaine ([52]).

La sentence judiciaire et la sentence censoriale sont des termes opposés comme le droit et la morale ([53]). La première s'appuie sur la base objective de la loi et devient immuable dès qu'elle est rendue. Le jugement du censeur, au contraire, contient l'expression du sentiment moral subjectif; il est susceptible d'appel. La sentence du juge entraîne des effets juridiques, celle du censeur n'en a point. Quoi que ce dernier ait ordonné

([50]) Varron de lingua lat. lib. V, p. 58. *Praetorium jus ad legem, censorium judicium ad aequum aestimabatur.*

([51]) On cite des édits de censeurs interdisant certaines formes du luxe. Pline, *hist. nat. lib.* VIII, c. 77, 78, 82, *lib.* XIII, c. 5, mais, j'ai à peine besoin de le faire remarquer, ils ne répondent pas à la question posée ici.

([52]) La religiosité et la moralité peuvent être opposées l'une à l'autre à Rome ainsi que je l'ai déjà dit plus haut (§ 25, T. I, p. 336).

([53]) Cicero pro cluentio, c. 42. *Majores nostri (animadversionem et auctoritatem censoriam) nunquam neque judicium nominaverunt, neque perinde ut rem judicatam observaverunt.*

ou défendu, sa volonté n'est pas légalement obligatoire ([54]). Le moyen dont il dispose pour punir ou pour intimider et conraindre par la menace de peines, répond également au caractére qui domine toute la censure. Le censeur ne prononce point des peines affectant la fortune, la liberté ou la personne, mais l dispose de l'arme dont le sentiment de la moralité publique outragée se sert partout, même sans la censure : il dispose de l'opinion publique. La désapprobation publique, première conquence d'un pareil outrage, se traduit chez le censeur par la *nota censoria,* par le blâme public. A celle-ci s'ajoute comme le plus haut degré de la peine censoriale, l'exclusion de la communauté politique à laquelle appartenait le coupable : sénat, chevalerie, tribu. Elle a également son prototype dans l'exclusion de fait de toutes relations communes libres, dont l'opinion publique frappe spontanément, d'habitude, l'indigne.

Il est évident que l'opposition entre le droit et la morale, avant de se manifester d'une façon apparente dans la censure, doit avoir résidé déjà d'une manière intime dans les idées juridiques des Romains; mais il en est de cette opposition comme de toute chose interne : elle n'acquit une consistance fixe qu'en prenant une forme extérieure, laquelle à son tour réagit sur elle en la conservant et en la fortifiant. L'incarnation de la morale dans la censure permit à la doctrine et à la jurisprudence de ne jamais perdre de vue le véritable but du droit. Ni le juriste qui développait les principes juridiques et en tirait les conséquences, ni le juge qui avait pour mission d'appliquer ces principes, n'étaient tentés d'y faire intervenir des considé-

([54]) Quelqu'importante que fût l'influence du censeur, quelque haute que fût la considération dont il jouissait, il n'aurait cependant jamais tenté d'élever la prétention que ses ordonnances dussent avoir une efficacité juridique, par ex. que la vente d'un objet de luxe quelconque dût être nulle, par le motif que lui, le censeur, avait défendu, dans ses édits, le commerce de pareils articles de luxe.

rations morales; le peuple non plus ne songeait pas à leur imposer un rôle qui était suffisamment rempli par le censeur. Je crois que ce n'est pas exagérer que de soutenir que le censeur a essentiellement contribué à rendre intelligible la position et la mission du juge romain, au juge lui-même et au peuple. Tout le monde à Rome était habitué à distinguer entre la sentence du censeur et le jugement du juge, et la légitimité de ce dernier ne souffrait aucun doute ([55]).

Sous ce rapport, la position du juge moderne est bien plus délicate. Plus facilement exposé à laisser le sentiment moral guider sa décision, ce qu'on lui reproche surtout aujourd'hui, c'est précisément de s'attacher trop rigoureusement au principe juridique. Ce reproche disparaîtrait si on pouvait, aujourd'hui encore, en appeler de la sentence du *juge* à celle du *censeur*.

Les tribunaux ecclésiastiques du moyen-âge avaient avec la censure une certaine analogie. Ils étaient à côté des tribunaux laïques comme le censeur se trouvait à côté du Préteur. Tous les deux, spontanément et indépendamment l'un de l'autre, poursuivaient leur but propre, tâchant de le réaliser à leur point de vue particulier. Ce but, c'était la pureté morale de la communauté : il revêtait chez le censeur une teinte plus politique, les tribunaux ecclésiastiques lui imprimaient plutôt un caractère religieux. Tous les deux appliquaient, comme peine dernière, l'exclusion de la communauté (politique ou religieuse). Tous les deux concilient le droit abstrait avec les exigences des mœurs et du sentiment moral. Ce qui continue encore l'exactitude de la comparaison, c'est qu'à la chute et de la censure et des tribunaux ecclésiastiques, le droit dut se trans-

([55]) V. par ex. dans l'exemple cité par GELLIUS, XVI, 2, l'argumentation du défendeur : *quod de utriusque autem vita atque factis diceretur, frustra id fieri atque dici ; rem enim de petenda pecunia apud judicem privatum agi, non apud* CENSORES *de* MORIBUS.

former lui-même : il perdait son contrepoids extérieur, et il dut adopter une foule de principes qui avaient été auparavant appliqués par ces deux institutions. Cette modification du droit romain après la disparition de la censure, appartient au troisième système et sera expliquée plus tard : mais nous pouvons faire, dès ce moment, remarquer que la fixité et la clarté du droit romain n'en souffrirent aucunement. Le droit s'était fixé ; ce qui aurait pu lui nuire pendant ce travail de formation, devenait sans danger après. Les limites rigoureuses du droit pouvaient fléchir devant l'élément moral : partout où celui-ci faisait irruption il rencontrait des formes fixes, immuables, qu'il ne pouvait ébranler.

L'opposition entre le droit et la morale qui se trouvait dans le sentiment romain de la moralité, se manifestait dans la censure. Quelle était la cause de cette opposition ? En quoi consistait le principe constitutif du droit ? Ce que je considère comme tel, c'est le principe subjectif que j'ai décrit plus haut (§ 10-15) dans ses germes originaires et que je vais examiner de plus près dans ce livre. La sphère juridique subjective est un fait et un produit de l'individu : elle est pour ce motif laissée exclusivement à son autonomie, et doit rester à l'abri de toutes les atteintes tentées contre elle, malgré la volonté de l'ayant droit, tant de la part d'autres individus que de la part de l'État : telle était la quintessence du sentiment juridique romain. La loi des XII tables avait expressément reconnu cette autonomie dans sa double application aux actes entre vifs et aux actes de dernière volonté. Pendant des siècles on considéra cette reconnaissance comme une conquête inattaquable. Le sentiment romain possédait ainsi en lui-même une mesure déterminée de ce qui était obligation juridique ou devoir moral. Il n'y avait d'obligation juridique que celle que l'on avait acceptée par son propre fait et en forme juridique. Ce criterium si aisé de tout ce qui était juridique, était perfectionné au point que le domaine du droit, dans sa forme extérieure aussi bien que dans ses principes, formait le contraste le plus évident avec le

domaine des obligations morales. Lorsqu'un Romain entreprenait une action, par exemple lorsqu'il faisait une promesse, il savait toujours sur quel terrain, juridique ou moral, il se mouvait. Quelle distance ne séparait pas, dans la conception des Romains, les promesses juridiquement obligatoires, et les promesses moralement obligatoires, et combien elles se confondent dans notre conception actuelle! Un seul et même principe les régit aujourd'hui : toute promesse faite doit être tenue. Il est devenu possible de promettre sans savoir clairement si l'on veut s'obliger par un lien juridique ou moral seulement. Le domaine du droit et celui de la morale ne sont pas séparés aujourd'hui par des bornes précises extérieurement reconnaissables, qui marquent nécessairement la transition de l'un à l'autre; à Rome au contraire un abîme séparait le terrain du droit de celui de la morale. Droit et morale étaient aux yeux des Romains des termes contraires, dont le contraste familier à leur esprit, leur était toujours présent et se manifestait dans son ensemble aussi bien que dans son application aux plus petites relations de la vie. Jamais les Romains ne pouvaient être tentés d'introduire une action pour faire valoir une obligation morale : jamais ils ne se seraient contentés d'une obligation morale, lorsqu'ils avaient voulu créer un lien juridique.

L'opinion, qui nous sert ici de point de départ, que le droit romain antique portait son fondement en lui-même, en contredit formellement une autre qui s'est produite récemment ([56]).

([56]) C. A. SCHMIDT, *Der prinzipielle Untersch...* (De la différence de principes entre le droit romain et le droit germanique. ROSTOCK et SCHWERIN, 1853, p. 65, 67. Jamais, peut-être on n'émit un jugement plus erroné sur le droit romain. Si j'avais besoin d'une justification de mon entreprise, je la trouverais dans la circonstance que de pareils jugements sont encore possibles aujourd'hui. La faute en est, il est vrai, à la science, qui n'a pas eu l'habitude jusqu'ici de pareilles questions générales, mais cela n'excuse pas entièrement l'auteur dont il s'agit, car il n'est pas si difficile, en fait, de se renseigner aux sources : et dans une question aussi fonda-

Selon cette dernière, « dans l'appréciation des Romains la » volonté du peuple était l'unique fondement du droit : l'idée » qu'au-dessus de la volonté du peuple il existe une puissance » morale qui la régit, était complétement étrangère aux juris- » consultes romains. » Lorsque pour prouver cette assertion, on dit que les jurisconsultes romains désignaient le droit comme un produit de la volonté du peuple, qu'ils basaient la force obligatoire du droit coutumier sur le consentement tacite du peuple, qu'il leur importait peu de savoir ce qui avait poussé le peuple à former son droit de telle ou de telle manière, on peut répondre simplement : lorsque les juristes voulaient donner la définition de la loi, du droit coutumier, etc., ils n'avaient aucun motif de se laisser aller à des recherches spéculatives sur les derniers fondements du droit. Dans le monde entier le fondement *juridique* de la validité du droit *positif* réside dans le fait que le droit est la volonté de l'État, mais cette validité ne dépend point de la question de savoir si la loi répond aux appréciations individuelles du juge sur la moralité, etc. Mais les Romains, même lorsqu'ils désignaient et devaient désigner la volonté du peuple comme le fondement formel de la validité des droits, ne considéraient pas cette volonté du peuple, c'est-à-dire l'arbitraire, comme le principe du droit, ils n'étaient pas d'avis « que le droit ne nait dans l'État que par la loi. » Cela peut être prouvé jusqu'à l'évidence. Je rappellerai d'abord le *fas*. Le *fas* avait son fondement dans la volonté des dieux; il opposait, en principe, une barrière insurmontable à la souveraineté du peuple. Ensuite, le *jus* lui-même, comme tout ce qui existait et arrivait dans l'État romain, ne s'appuyait-il pas sur le *consentement* des dieux, bien qu'il eût pour *contenu* la volonté

mentale que celle-ci, c'était bien le moins que pût attendre de lui le droit romain. — Je suis heureux de pouvoir mentionner ici l'adhésion que mon opinion a rencontrée chez AHRENS, *Jur. Enc.* (Encyclopédie du droit), I, p. 350-352 (1855) et RÖDER, *Grundgedanken*... (Idées fondamentales et importance du droit romain et du droit germanique), p. 72, s. (1855).

du peuple? On peut certainement considérer comme une vaine formalité la recherche du consentement des dieux par les auspices, qui ne pouvait restreindre la volonté matérielle du peuple : mais au fond cependant, il en résulte implicitement la reconnaissance du fait que la volonté du peuple est subordonnée à la volonté divine. En fait, il est arrivé souvent que la volonté du peuple a dû s'incliner devant la volonté des dieux manifestée par des signes. Tout le premier livre de l'écrit de CICÉRON sur les lois, est consacré au développement de l'idée que la seule volonté du peuple, bien qu'elle soit la forme du droit n'en est cependant pas le principe ([57]). Les discours ([58]) de l'orateur romain fournissent une série de traits éloquents dans lesquels il revendique le droit de l'individu contre la volonté souveraine du peuple. Mais indépendamment même de ces opinions des Romains, il suffit d'un seul coup-d'œil jeté sur le principe subjectif (§ 10-15) pour se convaincre de la fausseté de l'allégation dont il sagit. L'étendue de la manifestation pratique de ce principe dépendait certes de la législation ; il n'avait d'autre portée pratique que celle qui lui était reconnue par la

([57]) CIC. de leg., I, 16 : *Quod si populorum jussis... jura constituerentur, jus esset latrocinari, jus adulterare, ... si haec suffragiis aut scitis multitudinis probarentur*. V. ibid. II, 4, 5.

([58]) CIC. pro Caecina, c. 33 : *Sed quaero abs te, putesne si populus jusserit, me tuum aut item te meum servum esse, id jussum ratum atque firmum futurum ? Perspicis hoc nihil esse. Primum illud concedis :* NON QUID QUID POPULUS JUSSERIT, RATUM ESSE OPORTERE ; pro Balbo, c. 13 : *O jura praeclara atque divinitus jam inde a principio Romani nominis a majoribus nostris comparata, ne quis ... invitus civitate mutetur, neve in civitate maneat invitus. Haec sunt enim fundamenta firmissima nostrae libertatis, sui quemque juris et retinendi et dimittendi esse dominum ;* pro domo, c. 30 : *Majores nostri... de civitate et libertate ea jura sanxerunt, quae nec vis temporum, nec potentia magistratuum, nec res judicata, nec denique* UNIVERSI POPULI ROMANI POTESTAS, *quae ceteris in rebus est maxima, labefactare possit.*

législation. C'est pour ce motif que la sentence du juge ne peut être considérée comme étant le fondement et la source du droit subjectif; c'est dans la législation que se trouvent ce fondement et cette source, car la sentence du juge n'existe que pour autant qu'elle soit passée en force de chose jugée. Le même motif empêche de retrouver le fondement du droit dans le pouvoir législatif du peuple romain ([59]). Les Romains n'admettaient nullement que l'État et la législation eussent créé le droit. Pour eux le droit n'était pas parce que loi; mais il était la loi, parce qu'il était le droit. Le droit concret comme le droit abstrait doit à la loi, non son existence, mais uniquement sa reconnaissance formelle ([60]). Entre l'ancien droit privé, dont l'originalité, la spontanéité, l'énergie, la virilité du sentiment juridique individuel, se trahissent de toutes parts, et l'idée moderne que l'on voudrait y introduire, savoir : que Rome serait redevable de son droit uniquement à l'État; que les principes du droit aussi sacrés pour les Romains, aussi vénérés, que des articles de foi chez d'autres peuples, ne seraient qu'un objet de pure convenance populaire, arbitrairement introduit et pouvant arbitrairement disparaître, il existe en fait une contradiction des plus tranchées. Un Romain de l'antiquité, aurait jugé cette dernière appréciation, qu'on lui prête cependant, comme une boutade d'un homme qui n'aurait jamais vécu sur le sol romain ou qui même n'aurait jamais entendu parler des idées romaines.

([59]) Dans la théorie des droits subjectifs j'examinerai la question du fondement du droit dans le sens subjectif et j'établirai (§ 63-64), que dans l'opinion des Romains, le droit ainsi entendu avait ses racines dans l'individu même.

([60]) Comp. par exemple le passage connu de Cicéron, pro Caecina, c. 26. *fundus a* PATRE *relinqui potest, at usucapio fundi, hoc est finis sollicitudinis ac periculi litium non a patre relinquitur,* SED A LEGIBUS. *Aquae ductus, haustus, iter, actus* A PATRE, SED RATA AUCTORITAS HARUM RERUM OMNIUM A JURE CIVILI SUMITUR.

Section 3. — *Conservation et extension du droit écrit.*

Stabilité du droit de la loi des XII tables. — Raisons de ce phénomène. — L'ancienne *interpretatio.*

Antiquitas patrona auctoritatis legum.
Baco a Verulam.

31. La loi demeure, la vie progresse toujours. Quelle que soit l'harmonie primitive qui ait régné entre la loi et la vie, il arrive un moment où leur accord cesse, où la loi devient incommode ou importune. Que faire ? Abroger la loi, en faire une autre meilleure, répondra-t-on. Le peuple romain trouva une autre réponse et prit un autre parti : ce fut de conserver la loi, de faire disparaître, de diminuer les inconvénients qu'elle présentait, de supporter ceux qu'il ne pouvait éviter. Comment s'explique cette façon d'agir ?

Le mariage représente bien le rapport d'un peuple avec son droit. Là où existe un véritable amour, le mariage ne se dissoud pas à la première difficulté. Le dissentiment n'entraîne facilement une séparation que là où il n'existe qu'un rapport extérieur. Un peuple auquel le droit n'a pas été imposé par la force extérieure, mais qui l'a choisi lui-même, qui peut-être a dû le conquérir au prix de luttes pénibles et sanglantes, un peuple pareil voit dans son droit un bien coûteux et précieux, qu'il ne sacrifie pas légèrement, du moment qu'il ne répond plus à tous ses désirs. Une recrudescence de force morale, avantage que le temps seul communique à la loi, est la récompense de cette fidélité et de cette constance. Il en est tout autrement des lois que nous avons vues naître, que nous avons peut-être aidé à faire, et de celles qui apparaissent dans le présent comme un chapitre glorieux et lointain de notre propre histoire.

La piété filiale ne commence, pour les lois, qu'avec la troisième génération, elle revêt la loi d'une consécration qui en impose même à l'arbitraire (61). *La loi* n'atteint son apogée de force, que là où *les lois* ont traversé les âges. Lorsque les lois se succèdent et se remplacent rapidement, elles perdent avec le respect qui leur est dû, leur force et leur autorité.

La loi des XII tables, qui forme la base du système dont il s'agit ici, nous offre, à cet égard, un exemple frappant. La stabilité de cette loi en général, est si bien connue qu'il n'est pas besoin d'insister sur ce point (62). Mais les raisons de cette stabilité, et l'importance qu'elle a pour le développement du droit romain, demandent un examen attentif.

A l'esprit conservateur du peuple romain (I, § 24), qualité qui lui est propre, et qui constitue la raison générale de la fixité des institutions juridiques romaines, viennent s'ajouter des motifs tout particuliers, qui donnèrent de prime abord à la loi des XII tables une remarquable stabilité. Ces motifs concernent exclusivement cette loi, ou tout au moins s'y rapportent principalement. En premier lieu figure sa naissance. Ce qui a été enfanté dans la douleur, nous devient plus précieux que ce qui a été facilement acquis : cela est vrai dans le monde physique, comme dans le monde moral (63). Ce n'est pas toujours le *contenu* des lois qui décide de leur sort : les circonstances générales qui accompagnent leur naissance, exercent aussi leur

(61) On peut évaluer la force morale du droit d'une époque d'après les tables de la mortalité et de la vie moyenne de ses lois.

(62) Tite-Live dans un passage bien connu : III, 34, dit de cette loi : *qui nunc quoque in hoc immenso aliarum super alias acervatarum legum cumulo fons omnis publici privatique est juris.* A l'époque de la jeunesse de Cicéron, les enfants apprenaient par cœur la loi des XII tables (de legib., II, 23). Deux siècles plus tard, les jurisconsultes classiques la commentaient encore.

(63) Ce point se trouve plus amplement développé dans l'ouvrage d'Ihering, *Combat pour le droit,* 3e édit., p. 34, 35.

influence. — Les lois naissent sous des étoiles favorables ou néfastes : la mission du législateur ne se borne pas à faire choix de bonnes semences, il doit encore choisir un temps propice pour les semailles.

La loi des XII tables était un bien péniblement acquis. Le souvenir des luttes qu'elle avait couté, du prix dont on l'avait payée, se conservait dans la mémoire des générations qui se succédaient. Ce n'était pas seulement une loi, un ensemble de dispositions juridiques, ces dispositions étaient en même temps des *droits* dans le sens subjectif. Cette loi était la grande charte, le palladium de la plèbe. Un *intérêt*, bien plus, un *honneur* de caste en commandaient jalousement le maintien et la garde.

Nul ne s'échauffe, ni ne verse son sang pour une loi abstraite et générale, mais dans nos *droits* se trouve notre personne toute entière : c'est notre honneur qu'on lèse, en lésant ou en violant ceux-ci. Lorsque le droit ne puise pas sa force et sa fixité dans la consécration divine, comme chez les peuples de l'Orient, il acquiert, comme droit *individuel* de telle classe ([64]), ou de tel peuple (priviléges, libertés, etc.), une efficacité d'autant plus grande. L'histoire du droit de tous les peuples occidentaux en offre de nombreux exemples.

Il en était de même, à Rome, de la loi des XII tables. Mais la fixité et l'inviolabilité qu'elle devait aux circonstances, ne dégénéra nullement en stagnation; elle resta, pendant des siècles, la base de tout le droit privé et de la procédure civile ([65]),

---

([64]) A Rome, ce caractère individuel de la loi s'étendait même à la famille où à la *gens*, par rapport aux lois proposées ou obtenues à une époque quelconque par un de ses membres. Comp. par ex. les expressions de TITE-LIVE, V, 11. *Fors ita tulit, ut eo anno tribunus plebis Cn. Trebonius esset, qui* NOMINI AC FAMILIAE DEBITUM PRAESTARE *videretur Treboniae legis* PATROCINIUM. Certaines familles avaient ainsi, par suite d'une action d'éclat d'un de leurs ancêtres, une espèce de politique domestique toute tracée.

([65]) Les dispositions de droit public de la loi des XII tables furent bientôt surannées à la suite des progrès ultérieurs de la plèbe.

sans exclure cependant les progrès du droit par la doctrine et par la pratique.

Les Romains appelèrent *jus civile*, dans le sens étroit, le droit qui résulta de ce libre développement de la loi des XII tables. La coopération des jurisconsultes à cette œuvre se nommait *interpretatio*. Ce n'était pas une simple explication de la loi, mais comme le nom même l'indique (*interpres* : conciliateur, négociateur), une conciliation du droit écrit avec les exigences de la vie. Elle comprenait donc la préparation du droit en vue de le faire valoir en justice, les formules de procédure, l'adaptation de celles-ci aux relations juridiques, la confection de formulaires pour les contrats, les actes juridiques, les dispositions de dernière volonté de toute espèce, la découverte de voies et moyens pour rendre possible par voie indirecte des buts juridiques dont la poursuite directe pouvait être douteuse. Par la reconnaissance du principe de l'autonomie individuelle dans ses trois applications capitales : aux actes entre vifs ([66]), aux dispositions de dernière volonté ([67]), et à l'association ([68]), la loi avait d'avance ouvert un vaste champ au libre mouvement du commerce juridique : la jurisprudence veillait à ce que ce mouvement ne se perdît pas dans le vague, mais fût maintenu dans des voies fixes (§ 47). Par l'interprétation proprement dite des dispositions de la loi, la jurisprudence sut aussi satisfaire aux nécessités croissantes de la vie, et maintenir la loi à la hauteur des progrès du temps. Nous aurons, dans le cours de cet ouvrage, (§ 49) l'occasion de connaître plus exactement le caractère de l'interprétation romaine antique. Nous pourrons nous convaincre que la jurisprudence, loin de considérer comme sa mission de se

---

([66]) *Cum nexum faciet mancipiumve, uti lingua nuncupassit, ita jus esto.*

([67]) *Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita jus esto.*

([68]) L. 4, de Colleg. (**47-22**). Gaius, lib. 4, ad leg. XII tab. *Sodales sunt, qui ejusdem collegii sunt, quam Graeci ἑταιρίαν vocant. His autem potestatem facit lex pactionem, quam velint, sibi ferre, dum ne quid ex publica lege corrumpant.*

soumettre servilement aux termes de la loi, se croyait appelée à compléter celle-ci, à la faire progresser et à en étendre la portée. Sans parler de l'extension par analogie des dispositions de la loi ([69]), il y a un grand nombre de cas où les juristes ont introduit, contrairement aux termes de la loi, de nouvelles dispositions juridiques, devenues nécessaires dans le cours du temps ([70]), où ils se sont écartés d'interprétations traditionnelles quand elles n'étaient plus exactes ([71]). En un mot, la loi n'était pas une lettre morte, à laquelle le présent s'attachait obstinément en souvenir du passé; c'était une puissance vivante qui réglait ses pas sur ceux du temps. Quelques siècles plus tard, celui qui, comme CICÉRON, avait sous les yeux l'arbre majestueux que la jurisprudence avait tiré d'une faible bouture, pouvait s'abandonner à cette illusion qu'il n'y avait jamais eu sur la terre une œuvre plus parfaite que la législation des XII tables ([72]).

([69]) Par exemple la vocation du patron à la tutelle. ULP., XI, 3.

([70]) Je rapellerai par exemple la restriction de la succession agnatique des femmes au degré des *consanguineae*. GAIUS, III, § 14-23. ULPIEN, XXVI, 6. PAUL. Sent. rec, IV, 8, § 22 :... *idque* JURE CIVILI *voconiana ratione videtur effectum ; ceterum lex XII tabularum nulla discretione sexus cognatos admittit*. V. aussi L. 120 de V. S. (50-16). *Verbis legis XII tabularum... latissima potestas tributa videtur.. sed in interpretatione coangustatum est vel legum vel* AUCTORITATE JURA CONSTITUENTIUM.

([71]) Par exemple dans l'*usucapio pro herede*. (GAIUS, II, § 54 :.. *olim ipsae hereditates usucapi* CREDEBANTUR.. *postea creditum est, ipsas hereditates usucapi non posse)* ; ainsi encore quant à la possibilité du vol des choses immobilières, et quant à l'explication de l'interdiction de l'usucapion des *res furtivae*.

([72]) CIC. de orat. I, c. 44 : *Bibliothecas mehercule omnium philosophorum unus mihi videtur XII tabularum libellus, si quis legum fontes et capita viderit, et auctoritatis pondere et utilitatis ubertate superare... Quantum praestiterint nostri majores prudentia ceteris gentibus, tum facillime intelligetis, si cum illorum Lycurgo et Dracone et Solone nostras leges conferre volueritis. Incredibile est enim, quam sit omne jus civile praeter hoc nostrum inconditum ac paene ridiculum.*

Il ne voyait que ce qu'elle était *devenue* : son origine lui échappait.

Section 4. — *Sûreté et indépendance de la réalisation du droit écrit.*

Principe de l'inviolabilité des *jura quaesita.* — Indépendance interne et externe de la justice. — Rapport de la police et de l'administration avec la justice.

> *Majores nostri admirabili aequitate ne ea quidem eripuere privatis, quae ad modum publicum pertinebant, ... ut in suis finibus proprium jus tam res publica quam privata haberent.* FRONTIN de aquaed, c. 128.

32. Les explications qui précèdent nous ont montré que trois circonstances fort importantes pour la croissance prospère du droit se rencontrèrent dans l'antique droit privé de Rome. Ce furent : la codification, qui de bonne heure lui donna la spontanéité dans la *forme ;* la séparation du droit des sphères d'action du *fas* et de la censure, laquelle lui assura la spontanéité du développement de ses principes et rendit possible le développement du principe du droit privé dans toute sa pureté; et enfin le caractère d'inviolabilité de la loi des XII tables, qui lui assura pendant plusieurs siècles une base fixe et inébranlable. Mais la spontanéité du droit ne demande pas seulement que son essence puisse être reconnue exactement et distinguée, pour la forme et pour le fond, des matières connexes. Le droit existe pour se réaliser. Il n'est arrivé à sa spontanéité, que là où il se réalise dans toute son étendue, où il *règne.* Le règne du droit est le triomphe sur la résistance que lui oppose l'injustice. Il a pour condition la prépondérance de la force extérieure. Il faut donc que cette prépondérance se trouve toujours du côté du droit. C'est la mission de l'État de se procurer cette

prépondérance dans l'intérieur de son domaine, et de la jeter toujours dans la balance du droit. Le premier but est atteint dans la vie politique développée; la garantie pour l'accomplissement du second dépend de l'énergie et de la sensibilité du sentiment juridique national. Là où le droit est sans appui interne, il n'a pas non plus de force externe; et là seulement le pouvoir public peut essayer impunément de l'outrager.

A Rome le pouvoir ne l'osa pas. Il y eut deux tentatives, mais elles amenèrent la chûte des coupables. L'expulsion des Rois et des décemvirs apprit aux puissants ce qu'il en coûtait à Rome de fouler le droit aux pieds. Dur, brutal, cruel, lorsqu'il avait *pour lui les formes du droit*, se soumettant de bonne grâce à la dureté et à la sévérité lorsqu'il les avait contre lui, le sentiment romain était fortement sensible à une violation des formes de la loi. Le cœur romain restait froid à l'aspect du débiteur vendu comme esclave à l'étranger; personne ne se remuait pour lui; mais l'injustice d'un créancier envers son débiteur suscita un soulèvement qui ne put être apaisé que par une transformation complète du droit des obligations (73). Lorsque plus tard, pour éluder le recouvrement d'intérêts dûs, un Préteur s'avisa de ressusciter une loi ancienne depuis longtemps oubliée, il reçut la mort sur son siége même (74).

Si jamais la spontanéité formelle du droit, c'est-à-dire sa réalisation inévitable et sans obstacles (p. 20) fut une vérité quelque part, ce fut à Rome, et à une époque où la spontanéité interne de ses principes atteignit son plus haut degré de développement: c'était l'époque la plus florissante de la République. Cette réalisation implacable du droit présente un spectacle élevé et digne d'admiration. Pour assurer le triomphe du droit, tous les biens sont sacrifiés, les penchants les plus naturels, les sentiments les plus sacrés, les plus puissantes considérations sont

(73) Tite Live, VIII, 28.
(74) V. IV, § 62.

comprimées, refoulées. Brutus, au commencement de la République avait donné un exemple impérissable dans le souvenir des Romains, d'un pareil héroïsme et d'une telle abnégation mis au service du droit. A côté de l'image du roi expulsé, qui n'avait pas su enseigner à ses enfants les commandements du droit, et qui avait expié par la proscription et l'exil, sa faute et celle des siens, Brutus, le martyr du droit, avec la hache ruisselante du sang de son propre fils, restait le programme de l'avenir. Il ne pouvait y avoir de meilleur titre à mettre en tête d'une histoire de la république romaine, pour signaler l'esprit dont elle était animée par rapport au droit.

A première vue cependant, ce titre paraît menteur, et l'on croirait que l'État romain a souvent été infidèle à son programme. N'était-ce pas, en effet, démentir ce programme que de se permettre, par les *novae tabulae*, de frustrer les droits des créanciers en faveur de la masse des débiteurs ? Mais ici nous répondrons par une autre question que nous avons toujours supposé résolue jusqu'ici : la réalisation implacable du droit est-elle bien le postulat extrême et le plus élevé de l'idée juridique ? N'y a-t-il pas un but plus élevé encore, devant lequel elle doit céder ?

Pour tous les peuples qui connaissent ou ont connu la contrainte personnelle, soit sous forme d'esclavage, soit sous forme de servage, il vient un temps où ils se rendent compte de l'injustice d'un pareil état, et où leur conscience leur dicte d'y mettre fin. Or, si la législation ne peut abolir des droits existants, elle doit respecter la résistance du particulier qui s'oppose à l'abolition de l'esclavage ou du servage, même au prix d'un dédommagement complet. — L'entêtement de quelques individus peut ainsi éterniser une institution que l'opinion a maudite et condamnée comme impie. Un pareil respect des droits existants répond-il à l'idée du droit? Au contraire, il l'offense. L'idée du droit exige, en effet, que toute injustice, dès qu'elle est reconnue comme telle, soit déracinée; or, est-ce déraciner l'injustice que de se borner à abolir les dispositions du passé, et de laisser

debout les rapports juridiques dans lesquels elles se sont réalisées ? Ce sont des *droits acquis* dira-t-on. Certes, mais ce ne sont pas des droits *éternels !* Le passé pourrait-il garantir aux *droits*, ce qu'il ne peut promettre aux *dispositions du droit* elles-mêmes : une existence éternelle ? Le présent, lorsqu'il brise les chaînes du passé, est-il donc condamné à en subir toujours les conséquences ? Non. Ces droits ne sont plus des droits pour lui, ils n'en ont plus que l'enveloppe extérieure : masques vides dont la vie s'est retirée lorsque les idées auxquelles ils devaient leur vie ont succombé sous l'anathème de l'histoire. Invoquer en leur faveur la sainteté du droit, c'est fouler aux pieds le droit, c'est abuser de son nom pour soutenir l'injustice. Sans abolition de droits existants (avec ou sans indemnité, cela n'est pas en question pour le moment) le progrès du droit lui-même est impossible — le droit, c'est Saturne qui dévore ses propres enfants [75].

Mais ce ne sont pas seulement de pareils droits, morts en eux-mêmes, que l'État peut et doit abolir. Il peut être dans le cas de devoir sacrifier à la conservation de tous le droit d'un seul, bien que ce droit soit reconnu fondé, et qu'il mérite toute protection. Lorsque le salut du navire l'exige, le capitaine jette les marchandises par dessus bord; le sacrifice d'un membre peut devenir nécessaire, lorsque la vie est en danger. C'est ainsi que l'État peut et doit agir à l'égard des droits des particuliers, lorsque le salut commun est en jeu. Ce n'est pas seulement là la loi de la nécessité suprême, c'est un droit fondé sur la mission de l'État et la position de l'individu vis-à-vis de la communauté. L'État impose, à titre égal, au particulier, le sacrifice de sa propriété, comme il réclame celui de sa vie contre l'ennemi extérieur. Si c'est une loi de justice pour l'État d'indemniser le

---

(75) Sur ce conflit du passé du droit, c'est-à-dire des droits qu'il a fait surgir, avec le droit actuel, v. Ihering, *Combat pour le droit*, troisième édit. p. 29, 30.

citoyen pour le premier de ces sacrifices, on ne peut lui contester le droit d'exiger les deux. Protéger et garantir les droits de l'individu isolé, sauvegarder ceux de l'ensemble de la communauté, sont les deux devoirs de l'État : mais le dernier est le plus important, et en cas de conflit, c'est le premier qui doit rester subordonné au second.

Reprenons maintenant l'étude du droit romain antique. Est-il vrai, comme on l'a soutenu, (note 56) que le peuple romain croyait qu'il ne devait point respecter les droits des particuliers ? L'histoire donne à cette allégation un démenti formel. Partout y apparaissent le respect et les ménagements les plus jaloux pour les droits privés. Mais il ne suffit pas d'alléguer simplement l'inviolabilité des droits privés ([76]), il faut en outre démontrer que ce principe était reconnu dans la pratique. Une foule de preuves l'attestent, et je veux en rassembler quelques-unes, la question n'ayant jamais été traitée, que je sache, avec l'attention qu'elle mérite.

Il arrivait, en cas de nécessité, que l'État appelait même des esclaves sous les drapeaux; mais les propriétaires en recevaient le prix ([77]). Il en était de même lorsqu'un esclave qui avait bien mérité du gouvernement, par exemple par la dénonciation de complots, obtenait de l'État la liberté comme récompense ([78]). On offrit une indemnité à celui qui avait trouvé les prétendus

([76]) SCHWEPPE, *Das röm. Privatr.*, (Le droit romain privé), I, § 1, a rassemblé quelques passages des sources pour prouver que les Romains reconnaissaient la nécessité pour l'État de ménager les droits bien acquis. Mais ces preuves sont de peu de poids. Par une contradiction étonnante, ce même auteur enseigne dans un autre ouvrage : dans son Histoire du droit, § 156, « que sous le rapport de l'étendue, la puissance de l'État » n'était limitée, d'après les idées romaines, que par sa propre volonté. Il » n'y avait donc pas de droits particuliers inviolables. »

([77]) TITE-LIVE, XXII, 56.

([78]) VAL. MAX., 5, 6 § 8. TITE LIVE, XXXII, 26.

livres de Numa que le Sénat ordonna de brûler [79]. L'expropriation des matériaux de construction nécessaires pour la confection de rues et d'ouvrages publics ne se faisait, conformément aux lois, que contre paiement de leur valeur [80]. Dans l'expropriation du sol on procédait avec tant d'égards et de ménagements, que l'on achetait au possesseur toute la propriété, même lorsqu'on n'en devait employer qu'une partie [81], et il n'était pas rare que l'on renonçât complétement devant le refus des possesseurs [82]. On réparait le dommage causé par les travaux publics [83], aux possesseurs de fonds riverains. En temps de disette on envoyait des commissaires dans les provinces pour y acheter des grains, avec défense aux provinciaux de vendre à d'autres : mais on leur fixait un prix équitable [84]. Les femmes qui, en cas de gêne publique, avaient mis à la disposition de l'État leur or et leurs bijoux, reçurent la restitution de leurs dons [85]. On ne connait aucun exemple où l'État n'aurait pas satisfait à ses obligations vis-à-vis de ses créanciers. Un jour, à la suite d'une guerre qui venait d'éclater, la caisse de l'État

---

[79] Tite-Live, LX, 29.

[80] V. le SConsulte dans Frontin de aquaed., c. 125.

[81] Frontin de aquaed., c. 128.

[82] Tite-Live, 40, 51 : *Impedimento operi fuit M. Licinius Crassus, qui per fundum suum duci non est passus.* Suet. August., c. 56 : *forum angustius fecit non ausus extorquere possessoribus proximas domus.* Pour donner une idée des sommes énormes qui étaient payées dans les expropriations, je rappellerai que l'emplacement d'une Basilique au Forum coûta plus de 15 millions, (Cic., ad att., IV, 16) et le terrain du Forum Julium plus de 26 millions de francs. (Plin., 36, 15, 24).

[83] Tacit. Ann., 1, 75.

[84] V. les textes à l'appui dans Burmannus, *Vectigalia populi Romani.* Leid., 1734, c. 2, p. 19, 20. V. dans Tite-Live, IV, 12, un cas où dans une famine on força les détenteurs de : *profiteri frumentum et vendere, quod usu menstruo superesset.*

[85] Tite-Live, VI, 4.

se vit dans l'impossibilité de payer à l'échéance. On remboursa les créanciers en leur octroyant des terrains publics, leur réservant le droit de les rendre contre restitution de la somme due, lorsque les circonstances seraient devenues plus favorables (86).

A ces exemples nombreux de la justice rigoureuse qui guidait le pouvoir suprême dans ses rapports avec les personnes privées, et qui mérite en réalité les paroles élogieuses de Frontin, que j'ai placées en tête de ce paragraphe, on ne peut opposer, que je sache, dans le bon temps de la République, qu'un seul cas où l'État, sous la pression de fer de la nécessité, se départit de cette conduite. C'est lorsqu'à plusieurs reprises, pendant les guerres puniques, il ordonna la réduction du taux de l'intérêt. Cette mesure, irréprochable dans la forme, était au fond une frustration partielle des droits des créanciers de l'État (87). Mais on ne saurait y voir une preuve à l'appui de la théorie de l'omnipotence prétendue de la volonté souveraine du peuple à Rome. Il suffira à cet égard de faire remarquer, que des mesures pareilles ont été prises bien souvent ailleurs qu'à Rome. Si les Romains avaient réellement admis cette omnipotence, l'État aurait eu un moyen beaucoup plus équitable et plus simple de se débarrasser de ses créanciers. Il n'avait qu'à décréter qu'ils seraient censés avoir été payés en tout ou en partie. Je ne sache pas que la proposition en ait jamais été faite à Rome.

Cela est d'autant plus significatif, que pareilles propositions étaient souvent faites pour des dettes privées et qu'elles recevaient force de loi. Ce sont les *novae tabulae* dont il était question plus haut. C'étaient des lois qui accordaient aux débiteurs privés un allègement de leur dette, soit par la remise des inté-

---

(86) TITE-LIVE, XXXI, 13 : *medium inter aequum et utile*. C'est ainsi qu'il caractérise cette mesure.

(87) PLIN, H. N., 33, 13 : *ita quinque partes factae lucri dissolutumque aes alienum*. Il donne comme raison : *cum impensis respublica non sufficeret*. FESTUS s'exprime de même : *grave aes... populus, pressus aere alieno*.

rêts arriérés, soit par l'imputation réglée d'avance de leurs paiements sur le capital, etc. Ces lois portaient indubitablement une atteinte sensible aux droits privés. Si on les juge à un point de vue purement abstrait, sans connaître les circonstances qui les ont occasionnées et légitimées, on ne peut faire autrement que de les condamner. Mais elles prennent un tout autre aspect lorsqu'on les examine sous leur véritable jour historique. C'étaient des saignées périodiques que rendaient nécessaires les congestions de l'organisme social. Leur nécessité avait sans doute sa source dans un défaut de l'organisme, mais le défaut lui-même était si profondément inhérent à l'organisme social de Rome, qu'aucune puissance humaine n'aurait pu le guérir. Rome aurait dû ne plus être Rome! Toutes les mesures qui avaient ce but, par exemple le moyen douteux d'interdire complètement les intérêts, devaient nécessairement rester impuissantes. Le défaut résidait dans la disgrâce et l'incertitude du sort économique des basses classes [88]. Ruiné par la concurrence du travail des esclaves, l'homme libre, réduit à son travail, avait de la peine, même en temps de paix, à gagner sa subsistance. Une interruption de son travail, comme il en arrivait si souvent par les guerres fréquentes, une mauvaise récolte, une famine, suffisaient pour le jeter fatalement entre les mains des usuriers. Si l'on songe ensuite au taux élevé de l'intérêt dans l'antiquité, on comprendra que malgré l'économie la plus sévère, malgré la tension de toutes les forces d'un homme, un emprunt contracté dans un moment de gène, pouvait devenir un abîme qui l'engloutissait, lui et toute sa famille. Ainsi seulement s'explique l'extension colossale de la dette des classes pauvres et l'épouvantable pression sous laquelle elles gémissaient. La dette était la malédiction et l'accusation la plus amère qui s'élevait contre le système du monde romain. Il résultait de là pour l'État une situation politique extrêmement grave. Écrasé

(88) Pour de plus amples explications v. § 39.

de dettes, le débiteur ne perdait pas seulement son indépendance et sa position de fortune privée, mais encore sa spontanéité et son indépendance politiques. Il devait voter comme son créancier le lui ordonnait ; quelques usuriers disposaient ainsi des voix par centaines. Mais, même abstraction faite de cette considération, le sort misérable d'une fraction numériquement très importante du peuple romain constituait, précisément parce qu'il était immérité, un reproche et un danger pour la communauté. La sagacité politique si vantée des Romains serait restée complètement en défaut, si elle n'y avait pas cherché un remède dès que le mal eut atteint des proportions menaçantes. L'État avança de l'argent aux nécessiteux [89] ; mais outre qu'il n'était pas toujours en mesure de le faire, un simple changement de créancier n'allégeait point la position des débiteurs. L'on eut alors recours au moyen critiqué. Il faisait certes éprouver une perte sérieuse aux créanciers, mais, tout compte fait, ils ne perdirent pas au change.

Loin d'être un acte outrageusement arbitraire, un cadeau fait à une partie du peuple au détriment d'une autre, la promulgation des *novae tabulae* fut en réalité une mesure de haute justice sociale, un acte de conservation tout à l'avantage de la communauté [90]. Telle fut également d'abord l'appréciation des Romains eux-mêmes. Le principe de la souveraineté du peuple ne constitua point à leurs yeux la justification de cette mesure : ils n'y virent qu'un moyen de salut commandé et excusé par la plus impérieuse nécessité [91]. Mais à l'époque de la décadence, ils ne l'envisagèrent plus que comme un acte

[89] Tite-Live, VII, 21.

[90] Je renvoie pour la justification détaillée de ces mesures à Niebuhr, *Röm. Gesch.* (Hist. romaine), T. 2, p. 23 s. (à propos des rogations liciniennes).

[91] Cicero de republ. 2, 34 : ... *quum plebes publica calamitate impendiis debilitata deficeret,* SALUTIS OMNIUM CAUSA *aliqua sublevatio et medicina quaesita est.* Suetone Jul. Caes., c. 42.

d'inexcusable arbitraire, comme une criante injustice ([92]) ; ils en avaient oublié l'origine.

On comprend par ce qui précède, que l'application rétroactive de lois portant une aussi désastreuse atteinte aux relations établies et aux droits acquis, ait été, en règle générale, prohibée par une disposition formelle ([93]).

A côté du principe de l'inviolabilité des droits acquis, dont il vient d'être question, il y a un autre point d'une importance majeure pour la réalisation indépendante du droit : c'est la garantie d'une justice civile indépendante, uniforme et incorruptible ([94]). Les institutions extérieures de l'organisation judi-

---

([92]) VAL. MAX., 6, 2, § 12. (Sur le jurisconsulte Cascellius que rien ne put décider à : *de aliqua earum rerum, quas triumviri dederant, formulam componere... beneficia eorum extra* OMNEM ORDINEM LEGUM *ponens*). CICÉRON de offic. 2, c. 22 : *qui autem* POPULARES *se esse volunt, ob eamque causam aut agrarium rem tentant, ut possessores suis sedibus pellantur aut pecunias creditas debitoribus condonandas putant, ii* LABEFACTANT FUNDAMENTA REIPUBLICAE .... *deinde aequitatem, quae tollitur omnis, si habere suum cuique non licet. Id enim est proprium civitatis atque urbis, ut sit libera et non sollicita suae rei cujusque custodia. Atque in hac* PERNICIE REIPUBLICAE, etc. Il est difficile d'admettre que dans les 10 années qui séparent l'un de l'autre ces passages de CICÉRON, celui-ci ait pu changer d'avis, ainsi que l'admet NIEBUHR (*Hist. rom.* note 1347), mais le premier se rapporte à l'usage modéré, et le second à l'abus du moyen. Je ne puis parvenir à comprendre comment SCHMIDT (v. note 56), p. 153, note 1, peut motiver l'idée qu'il attribue au droit Romain en disant que « le droit romain considérait l'abolition du droit civil par un acte du pou- » voir public comme une perte occasionnée par *vis major* ou *casus.* » A mon avis le contraire ne saurait être exprimé plus clairement, car *vis major, casus,* marquent précisément l'antithèse du droit, et cette abolition est ainsi signalée comme un acte de pure violence.

([93]) Par ex. *Ne quis* POST *hanc legem rogatam* (L. 1, pr. ad leg. Falc. (**35**, 2), *ne quis* POSTHAC (L. 12, ad leg. Jul. de adult. **48**, 5).

([94]) La nature particulière de la justice criminelle à Rome a été développée plus haut, nous n'avons plus besoin d'y revenir ici.

ciaire, les formes de la procédure et le fond du droit ne présentent pas par eux-mêmes cette garantie. Ils ne comportent pas nécessairement l'intégrité morale des juges. Cependant ils offrent une certaine protection, même lorsque le peuple, et par conséquent les juges, sont moralement corrompus. Ils ont par conséquent une valeur d'autant plus grande lorsque l'époque n'est pas moralement corrompue. L'organisation judiciaire peut être établie sur des bases telles, qu'elle neutralise plus ou moins les influences illégitimes du pouvoir public. (Révocabilité ou inamovibilité des juges, etc.). Elle peut, dans une mesure plus ou moins grande, exposer les juges à toutes autres influences illégitimes (juges isolés, colléges de juges, situation financière des magistrats, etc.). De leur côté, les formes de la procédure peuvent laisser plus ou moins de champ à l'arbitraire. L'idéal que l'ancienne procédure civile cherche à réaliser, est celui d'une *machine juridique :* il se caractérise par la sûreté, par une infaillible uniformité et par conséquent aussi par l'absence de liberté. Le droit ancien restreignait autant que possible l'influence de l'appréciation individuelle, à laquelle le droit postérieur donna si largement accès. C'était prévenir en même temps le danger de l'arbitraire. La personne du Préteur, celle du juge, qui fonctionnaient dans la procédure, n'étaient que les pièces d'une mécanique, dont le mouvement était invariablement le même; sans doute le côté purement extérieur de la forme était bien conservé de cette manière, mais quelle garantie offrait cette organisation pour la justice matérielle ? Quant à la personne du Préteur, il suffit, pour en juger, d'un seul regard jeté sur sa position et sur ses fonctions; quant aux juges et spécialement au tribunal des centumvirs, j'attache une importance particulière à leur nombre, à leur organisation en colléges; quant aux juges isolés, je rappellerai la position sociale des juges inscrits sur les listes ([95]), et l'in-

([95]) Pendant toute cette période, ils furent nommés parmi les Sénateurs.

fluence réservée aux parties dans le choix du juge; quant à tous je rappellerai la publicité de la procédure et son indépendance de toute puissance autre que de l'opinion publique, dont le contrôle était déjà une puissante garantie. La division des fonctions entre le Préteur et le juge, qui est l'élément caractéristique de la procédure formulaire postérieure et qui puise son origine dans la procédure de cette période, dans la procédure des actions de la loi, n'est pas sans importance non plus pour notre point de vue, bien qu'elle ait sa source dans d'autres considérations [96]. Il est clair, en effet, que cette organisation qui exigeait le concours de ces deux magistrats diminuait essentiellement le danger d'une justice partiale. La pleine puissance judiciaire était partagée au lieu d'être concentrée dans une seule main, chacun des deux personnages qui y concouraient était ainsi indépendant de l'autre. Il y avait là un rapport analogue à celui qui existe entre les caissiers publics : chacun d'eux est muni d'une clef distincte et il ne peut ouvrir la caisse sans le concours de son collègue. Le *jus dicere* du Préteur représentait l'une de ces clefs; le juge tenait l'autre dans le *judicare*. Le Préteur liait le juge au moyen de la *formula*, mais non de telle manière cependant que là où, d'après la question, le juge aurait du répondre oui, il ne pût pas répondre non et déjouer ainsi des calculs déshonnêtes. Mais le contrôle *moral* qui résultait pour les deux magistrats de leur situation respective, et de la latitude garantie aux deux parties de pouvoir, devant le

---

L'*arbiter* seul, dans le sens antique, tel que nous le montre la loi des XII tables, c'est-à-dire l'expert, l'homme de l'art, qui n'a pas à résoudre des questions de droit, mais de pures questions de fait (estimation des fruits dans la *reivindicatio*, réglement du cours des eaux, partage des successions et des propriétés), pouvait être un homme du peuple.

[96] O. Bülow dans sa théorie des exceptions. Giessen, 1868, p. 285-296 a le premier réduit cette division de la procédure *in jure* et *in judicio* à une distinction simple et parfaitement fondée à mon avis. (Distinction de la recevabilité du procès et de l'examen du fond).

juge, critiquer sans réserves et librement, les décisions du Préteur, exerçait une influence plus grande peut-être que cette dépendance *juridique* réciproque. La *formula* donnée par le Préteur liait la décision du juge sur la cause, mais non son jugement sur la formule même. La partie qui se croyait lésée par celle-ci n'était pas, lors des débats, contrainte par la présence du Préteur, à refouler l'expression de ses sentiments (97). La procédure *in judicio* se transformait sans effort en une critique de la procédure *in jure*. De son côté, le juge devait dans sa décision prendre en considération qu'un autre avait fait une instruction préliminaire de la cause, et en avait une connaissance générale. Le principe de l'irrévocabilité juridique de son jugement valablement rendu dans la forme, ne mettait point obstacle à la plainte de la partie adressée au Préteur sur l'issue de la cause et ne le couvrait point moralement. Ce principe ne s'étendait pas, en droit, au point de le dégager de toute responsabilité. La menace de la peine de mort (98), en effet, retenait efficacement le juge de commettre le crime le plus grave dont il pût se rendre coupable, celui de se laisser corrompre par l'une des parties. Cette mesure trouvait son corrélatif dans cette autre loi (99), qui déclarait *sacer* la partie qui espérait influer sur le juge au moyen de menaces et tentait de porter atteinte à son impartialité, pour le cas où elle exécutait ses menaces (I, 280). Indépendammemt même de cette sanction, deux mesures contribuaient à maintenir le juge dans la voie du devoir. La première résidait dans le pouvoir disciplinaire du Préteur. Grâce à ce pouvoir, le Préteur pouvait, au moyen de la *multae dictio* et de la *pignoris capio*, rappeler le juge à l'accomplissement de ses devoirs, spécialement en cas de négligence.

(97) Cic. pro Tull., § 38 ... *in* JUDICIO *queri* PRAETORIS INIQUITATEM, *quod « de injuria » (in formula) non addiderit.*

(98) Gellius, 20, 1, 7.

(99) La loi Valeria de l'an 305 ; Tite Live, III, 55.

Le Préteur, même après être sorti de la scène en donnant sa formule, restait cependant toujours sur l'arrière-plan comme instance de griefs pour le cas de déni de justice, ou de retard dans le jugement [100]. La seconde mesure résultait d'une disposition de loi en vertu de laquelle, le juge qui rendait une décision nulle [101], ou qui par faute ou par méchanceté privait une partie de son droit, était déclaré responsable vis-à-vis de celle-ci. La loi le substituait à la place de la partie adverse mise hors de cause : *litem suam fecit* [102].

Nous verrons plus tard, en examinant le fond du droit qu'il contribue puissamment à la sûreté et à l'uniformité de l'administration de la justice.

De ce qui précède, nous sommes autorisés à conclure que toutes les conditions nécessaires à une bonne et uniforme administration de la justice se trouvaient réunies dans le droit ancien. Deux phénomènes étranges, cependant, se présentent à nous. Il est vrai qu'ils ne concernent l'administration de la justice que dans sa relation avec le pouvoir public. Il s'agit, d'une part, de la suspension des lois de la procédure et de la contrainte civiles contre les fonctionnaires supérieurs pendant la durée de leurs fonctions [103]. L'autre phénomène consiste dans l'action

---

[100] L. 49, § 1 de jud. (**5**, 1) ... COGI *pronuntiare*. Dans les *judicia legitima,* qui depuis la loi *Julia judiciaria* se périmaient au bout d'un an et demi, (GAIUS IV, 104) lorsque le retard était dû à la faute du juge, celui-ci était considéré comme ayant fait *litem suam*. Le Préteur pouvait même fixer un délai encore plus court. arg. L. 32, ibid.

[101] Tel était le cas lorsque le jugement ne correspondait pas à la *formula ;* car il manquait alors de la force que lui assurait le Préteur dans sa formule. D'après les principes de la procédure romaine le demandeur était dans le cas destitué de tout droit. En effet, le juge ne pouvait, une fois le jugement prononcé, rectifier celui-ci, et le demandeur ne pouvait intenter une nouvelle action. C'était alors le juge lui-même qui était déclaré responsable à son égard à la place de la partie adverse. GAIUS IV, 52.

[102] L. 5, § 4 de O. et A. (**44**, 7).

[103] L'*in jus vocatio* n'était pas possible contre eux, sans leur consentement. GELLIUS 13, 13, § 4.

laissée aux magistrats et aux tribuns sur l'administration de la justice. Cette intervention est absolument contraire à nos idées modernes sur l'indépendance de la justice. Elle reposait sur le veto qui appartenait aux fonctionnaires désignés contre les décisions de leurs collègues. Ils pouvaient les frapper de protestations, mais en tant seulement, dans des causes judiciaires, qu'il s'agissait de décisions du Préteur (104).

Le *veto* ne pouvait suspendre la sentence du *juge*. Dès que le juge était saisi de la cause, toute immixtion de la part d'autres fonctionnaires était interdite. A l'époque ancienne, aucune puissance sur terre ne pouvait casser la sentence du juge : ni le juge lui-même, ni le Préteur, ne pouvaient la modifier ou la rétracter. Aussi ne voit-on nulle part, que je sache, qu'à l'époque antique un pouvoir quelconque se soit jamais élevé contre l'autorité d'une sentence judiciaire. Mais une influence indirecte des fonctionnaires étrangers à l'administration de la justice était possible tant sur l'instruction du procès que sur d'autres décisions judiciaires du Préteur. Il n'y a pas de motif

---

(104) V. PUCHTA, *Cours d'Institutes*, T. 2, § 180, in f. Il serait difficile de voir un empêchement aux fonctions du juge dans la suspension temporaire d'audience qu'ordonna le tribun, dans le cas mentionné par CICÉRON *pro cluentio*, c. 27. Je ne connais aucun autre cas où un tribun ou un magistrat aurait usurpé sur le cours de la procédure devant le *Judex*. (Le Préteur le pouvait en vertu de son droit de surveillance, cela ne contredit pas ce que j'avance). Les textes que l'on cite (KLENZE, Frag. leg. Serv., p. 84, note 5. KELLER, *Röm. Civilpr.* [Procédure civile romaine] § 82, note 987) ne parlent nullement de tribunaux civils, mais de *judicia publica*. La loi 58 de jud. (5, 1), parle bien de tribunaux civils, mais aussi d'un *majus imperium* IN EADEM JURISDICTIONE. La lex Gall. Cisalp. col. I, vers. 51, défend expressément l'intercession dans une instance civile. On peut encore ajouter que dans une *quaestio perpetua* elle était au moins non recevable dans la forme (GEIB *Criminalprozess*, p. 289), si même elle n'était absolument défendue par la loi même (v. par ex. la *lex Acilia*, c. 21).

pour la faire dater d'une époque postérieure. Pareilles interventions diminuent de gravité lorsqu'on remarque qu'elles n'avaient qu'une valeur négative. Elles pouvaient, il est vrai, ajourner la décision judiciaire projetée, mais elles ne pouvaient la faire remplacer par une autre. Il en résultait que le veto ne pouvait passer en force de chose jugée, et qu'il pouvait non-seulement être levé par le successeur aux fonctions, mais retiré par son auteur lui-même. Cette institution ne présentait donc aucun caractère d'hostilité envers l'administration de la justice. Elle lui servait au contraire d'auxiliaire, en opposant un frein à la partialité ou à l'injustice du Préteur. Au commencement de la république, le veto des tribuns, même appliqué aux décisions *judiciaires* des fonctionnaires patriciens, devait paraître précieux aux yeux de la plèbe. En effet, à cette époque; l'administration de la justice, confiée exclusivement aux mains des patriciens, se trouvait exposée à toutes les influences de l'esprit de parti ([105]).

En fait, les Romains étaient peu enclins à laisser entamer le domaine de la justice, ou à laisser mettre des entraves à l'indépendance de celle-ci. Cela se montre d'une manière frappante dans une matière où habituellement se produisent les conflits entre le pouvoir public et la justice, je veux dire dans les rapports entre la justice et la police ou l'administration. Tandis qu'ailleurs la police étend volontiers son domaine aux dépens de la justice, à Rome au contraire elle en a abandonné une

([105]) Il est vrai qu'ici se confirme de nouveau cette vérité qu'il n'y a pas de bien que l'abus ne puisse transformer en mal. Que l'on compare par exemple le cas cité par TITE-LIVE, VI, 27 où les tribuns, dans un but politique, s'opposèrent à toute exécution personnelle. Ils amenèrent ainsi un veritable chômage de la justice. Le Sénat avait le même pouvoir et il en fit usage lorsque pour calmer une effervescence populaire il décréta : « *ne quis magistratus, quoad bellatum esset, jus de pecunia credita diceret.* » TITE-LIVE, VI, 31 ou bien : *ut praetores... res in diem tricesimum differrent, donec,* etc. » TITE-LIVE, XXXIX, 18.

partie importante à la justice. Nos contraventions de police actuelles formaient pour la plupart, à Rome, l'objet d'une *actio popularis*, c'est-à-dire d'une instance civile tout-à-fait régulière (106). Le Préteur ainsi que le juge y observaient rigoureusement les principes du droit civil. L'État ou le peuple dont le plaignant était censé le représentant (107), se soumettait entièrement à la justice et combattait contre l'inculpé à armes complètement égales.

Il en était exactement de même pour une des branches les plus importantes de l'administration : le régime des impôts. Abstraction faite du recouvrement du *tributum*, ou impôt direct, l'État romain pratiquait, comme on le sait, le système de l'affermage des revenus publics, des impôts, des dîmes, des péages, etc. Il en résultait, au point de vue qui nous occupe, cette conséquence importante, qu'à la place de l'État ou de ses employés, c'étaient les fermiers des impôts (*publicani*) qui les recouvraient. Dans les contestations entre les publicains et les imposés, on ne voyait donc pas en présence l'État et une personne privée, mais deux personnes privées qui devaient vider toute leur contestation par la voie de la procédure civile ordinaire. L'issue du procès ne touchait en quoi que ce fût l'État, et l'intervention des autorités administratives était inutile. Les publicains jouissaient cependant d'une faveur qui n'était pas reconnue aux personnes privées ordinaires. Ils avaient une action privilégiée spéciale, la *legis actio per pignoris capionem*. Cette faveur leur était indispensable et leur était même accordée pour d'autres créances (108). Mais elle était compensée par l'ac-

(106) J'ai déjà exprimé plus haut (§ 17), mon avis sur la cause historique de ce phénomène. V. aussi III, 337. (Edit. allem.)

(107) Dans maintes lois qui créaient une pareille *actio popularis,* il était dit ouvertement : POPULO *dare damnas esto*, et : *ejus pecuniae* PETITIO *ei sit, qui volet.*

(108) On peut comme moi (§ 15), reconnaître le côté militaire, religieux

tion pénale donnée à la partie adverse pour le cas d'extorsion injuste de la part des publicains ([109]). Une distance immense, il est vrai, séparait les parties sous le rapport de l'influence et du pouvoir. A l'époque de la décadence, on le sait, la prépondérance de fait des publicains rendit souvent illusoire, au moins dans les provinces, l'égalité juridique des citoyens ([110]). Mais il n'en était pas de même à l'époque dont nous nous occupons, ni à Rome, ni dans l'Italie. Quoi qu'il en soit, du reste, le fait

ou politique des créances protégées par la *pignoris capio* ou même parler avec DEGENKOLB, *(Die lex Hieronica,* Berlin, 1861, p. 97), du caractère *public* de la demande des fermiers d'impôts, sans se mettre en contradiction avec l'opinion que je soutiens ici. Le publicain saisissait dans son propre intérêt, comme les autres personnes nommées par GAIUS, IV, 28, et non dans l'intérêt de l'État. Il n'était pas fonctionnaire public. Le procès entre lui et le débiteur d'impôts n'était pas un procès entre l'État et un particulier. Lorsque BETHMANN HOLLWEG, § 30, note 37 dit : « Le » publicain n'agissait pas par voie judiciaire contre le débiteur d'impôts, » il saisissait de sa propre autorité, » je renvoie à mes explications sur cette espèce de *legis actio,* exposées au § 15. Je crois y avoir établi que cette action ne fermait nullement les voies judiciaires au débiteur saisi; elle avait seulement pour lui cet inconvénient de l'obliger à jouer le rôle de demandeur au procès. Si cette *legis actio* n'avait pas entraîné une instance judiciaire éventuelle, elle n'aurait pas passé pour une espèce de *procédure* de *legis actio.* Le *pignus capere* entrait aussi dans les pouvoirs du magistrat ; mais comme il n'y avait pas alors de procédure civile ultérieure, on ne comptait pas ce cas, et avec raison, parmi les applications de la *pignoris capio* PER LEGIS ACTIONEM. Ce n'est qu'ainsi qu'on peut expliquer que lors de l'introduction de la procédure formulaire cette *legis actio* put se changer en une *actio fictitia* ordinaire. GAIUS, IV, 32.

([109]) Sur ces actions V. CICÉRON in VERREM, III, 11, GAIUS, IV, § 28, 32. Tit. Pand. de publ. (**39**,4).

([110]) *Quantae audaciae*, s'écrie ULPIEN, en parlant de son époque (L. 12, pr. de public.), *quantae temeritatis sint publicanorum factiones, nemo est qui nesciat; iccirco Praetor ad compescendam eorum audaciam hoc edictum proposuit.*

de la subordination juridique du régime des impôts à la justice subsiste, et n'en présente pas moins d'intérêt.

L'État cherchait également, le plus possible, à remettre entre les mains d'une personne privée le recouvrement de toutes autres créances qu'il pouvait avoir à charge de particuliers. Il agissait ainsi plus dans son propre intérêt, il est vrai, et pour s'éviter des embarras, que dans l'intérêt du débiteur, et pour procurer à celui-ci l'avantage d'avoir un égal pour adversaire. Mais si tel n'était pas le but de cette mesure, c'en était du moins une conséquence digne d'attention. La personne du cessionnaire des créances publiques (*praediator*), (111) remplaçant le fonctionnaire public représentant l'État, faisait disparaître la prépondérance que la présence de ce dernier aurait jetée dans la balance.

L'État agissait encore de même lorsqu'il refusait de recevoir des travaux concédés à forfait : l'ouvrage était, dans ce cas, concédé à nouveau aux frais du premier entrepreneur, et le second poursuivait contre lui sa créance par la voie de la procédure civile ordinaire.

L'État n'intervenait pas davantage dans le recouvrement des mandats qu'il donnait sur l'*aes militare* et *hordearium;* ce recouvrement restait l'affaire de ceux auxquels ils étaient délivrés (112). Dans tous les cas, donc, malgré l'origine ou le caractère public de la créance, le débiteur avait la possibilité de la contester suivant les voies de la procédure civile ordinaire contre une personne privée dont il était complètement l'égal. D'un autre côté, il y avait, il est vrai, des cas où l'autorité publique exécutait elle-même ses prétentions contre une personne privée; ainsi par exemple pour les amendes de la partie succombante dans la procédure *per sacramentum*, pour les peines disciplinaires (*multae*) et les amendes criminelles, *poenae pecuniariae*,

(111) *Praedes vendere* se rapporte à cette vente des *créances* de l'État; v. à ce sujet, Rudorff, *Hist. rom.*, II, 308.

(112) Gaius, IV, 27.

pour le *tributum,* les confiscations ([113]). Nous connaissons aussi au moins un cas, où l'État avait à se pourvoir dans les formes ordinaires de la procédure civile : dans les contestations sur la propriété ([114]).

Un autre phénomène hautement caractéristique, au point de vue qui nous occupe, est la prédilection des Romains à faire décider *par les voies de la procédure civile,* des contestations qui en elles-mêmes n'avaient aucun caractère civil. La *sponsio praejudicialis* ([115]), le pari judiciaire, leur présentait à cet effet une forme d'une étendue illimitée. L'offre de la *sponsio* ne devait pas, il est vrai, être acceptée, mais elle entraînait cependant une espèce de contrainte morale. Non seulement les personnes privées, mais les fonctionnaires entre-eux ([116]), des fonctionnaires contre des personnes privées ([117]), ou réciproquement, usaient de ce moyen pour arrêter par l'affirmation en justice d'un moyen d'excuse, le cours d'une mesure imminente ([118]). Ce moyen servait aussi à constater le fondement ou le non-fondement d'une accusation, à convaincre quelqu'un d'un délit sans ou avant le *judicium publicum,* à décider des contestations politiques, etc. ([119])

([113]) V. sur ces cas Bethmann Hollweg, *l. c.,* p. 95 à 99 et Rudorff, *l. c.,* p. 307; sur la juridiction administrative romaine en général, Th. Mommsen, *Röm. Staatsr.,* I, p. 119 à 121. La réalisation des masses confisquées se faisait au moyen de vente à des personnes privées (*sectores*). Rudorff, *l. c.*

([114]) Cela résulte des *vindiciae secundum populum.* Festus, v° *vindiciae.* Il en était de même dans les contestations sur les bornes. Bethmann Hollweg, *l. c.,* p. 100, note 53.

([115]) Rudorff, *Röm. R. G.,* II, § 28.

([116]) V. l'exemple rapporté par Valer. Max, 2, 8, 2, d'un pari sur les honneurs du triomphe.

([117]) Tite-Live, III, 56, 57.

([118]) Val. Max, 6, 1, 10.

([119]) Keller, *Civilprozess,* (Procédure civile), § 26 et les *semestria* cités par cet auteur.

Si les Romains inclinaient à étendre le principe de la procédure civile, ils ne poussaient pas cependant cette tendance au point que les fonctionnaires dussent soumettre à la connaissance de la justice les contestations sur leur compétence, ou la légitimité mise en doute de leurs décisions. Il existait une juridiction particulière pour eux, car ils ne relevaient pas de la juridiction ordinaire. D'un côté, lorsqu'on attaquait les sentences criminelles des fonctionnaires, ou lorsqu'à l'expiration de leurs fonctions on les prenait à partie, à raison d'abus de leur pouvoir, il y avait, pour en connaître, l'assemblée du peuple. L'intercession de leurs collégues était un second moyen de contrôle qui s'exerçait sur toutes espèces de décisions rendues par les fonctionnaires. Ces garanties étaient si efficaces que l'exclusion des voies ordinaires était sans importance. Il s'y ajoutait encore le principe que les décisions des fonctionnaires manquaient de l'autorité de la chose jugée, qu'elles pouvaient par conséquent être retirées par leurs auteurs aussi bien que par leurs successeurs. Leur mise à exécution pouvait bien avoir pour conséquence la perte d'un droit privé, *en fait,* mais jamais en droit ([120]).

([120]) J'en fournirai la preuve dans le chapitre sur le fondement du droit, (vol. III).

CHAPITRE II. — *Esprit d'égalité.*

Égalité de fait et de droit. — Système de généralisation. — Différences juridiques et inégalités devant la loi. — Nature de l'égalité romaine antique. — Ses manifestations dans le droit public et le droit privé. — Distinction des personnes et des choses. — Position du juge. — Computation du temps et des dommages-intérêts. — Importance permanente de la force d'égalité pour le droit romain.

Aequitate constituenda summos cum infimis pari jure retinebat. Jus enim semper est quaesitum aequabile, neque enim aliter esset jus.
CIC. de off. II, 12.

33. La deuxième et la troisième de nos tendances fondamentales portent le nom de ces vérités jumelles qui depuis plus d'un demi-siècle agitent le monde: la liberté, l'égalité. Elles sont le mot de ralliement de ce qu'il y a de plus noble et de plus grand, elles sont aussi le cri de guerre de la multitude sauvage. Réveillant à la fois les idées les plus extravagantes, et les souvenirs les plus odieux, elles semblent peu propres à servir de base à un examen impartial du droit romain antique. Nous sommes loin du monde moderne sur ce terrain, et ces seuls mots nous en apportent cependant le bruit et le tumulte. Ils nous sont nécessaires cependant, ces mots. L'audacieux abus que l'on en a fait, que l'on en fait encore, ne doit pas nous empêcher de proclamer les idées qu'ils renferment comme les plus élevées et les plus nobles que le droit revendique comme siennes. Mais il n'en est que d'autant plus nécessaire de nous entendre sur le seul sens dans lequel elles doivent nous occuper. Nous saisirons ainsi, avec empressement, l'occasion d'apprendre du peuple romain comment une nation pleine de caractère et

de maturité politique sut comprendre ces idées, et quels fruits elle sut en retirer.

La nature dans le monde physique, l'histoire, dans le monde moral, produisent tous les jours des inégalités. Plus il y a développement de force, plus il y a diversité. Telle est l'intensité de la vie dans la nature et dans l'histoire, que du petit nombre de leurs éléments primordiaux, l'une et l'autre produisent une création abondante d'images les plus diverses. Si cette diversité et cette inégalité pouvaient disparaître, la nature et l'histoire seraient vouées à l'immobilité, à la mort. Quant à la nature, nul n'élève ce désir : mais on l'exprime souvent, on l'exprimera toujours, pour le monde moral. On a vu des contradictions avec la liberté et la justice véritables, dans toutes ces inégalités de rang, d'état, de fortune, etc., dans la position des individus, résultats inévitables de l'histoire. On a souhaité qu'elles disparaîssent devant l'idée de l'égalité abstraite. La première tentative connue dans l'histoire, pour réaliser en pratique une conception pareille, fut la législation de Lycurgue. Lycurgue voulait l'égalité *effective* des citoyens de Sparte : non seulement l'égalité juridique, mais encore l'égalité personnelle et sociale, l'égalité dans l'éducation, dans le mode de vie, dans la fortune. Une égalité ainsi légalement imposée ne pouvait être élevée que sur le tombeau de la liberté. C'était un manteau républicain recouvrant la plus extrême tyrannie; c'était la satire la plus amère de la vraie liberté, car elle méconnaissait et anéantissait le droit le plus primordial de l'individu, celui du libre déploiement de son individualité.

Ce fut la même conception de l'idée de la liberté, qui dans l'histoire moderne, fit explosion sous une forme si épouvantable dans la guerre des paysans, et qui plus tard, dans la révolution française, recommença son drame sanglant.

Après de pareilles expériences pouvons-nous encore reconnaître le principe d'égalité ? Ne faut-il pas d'avance l'abandonner comme un rêve proclamé irréalisable par l'histoire ? Le peuple Romain fournit la réponse. L'égalité que voulaient les Romains

n'a rien de commun avec celle de Lycurgue et de nos apôtres modernes de l'égalité. Ceux-ci se seraient sentis aussi désabusés et aussi mal à l'aise dans la Rome antique qu'ils le sont aujourd'hui dans la libre Angleterre et en Amérique.

L'égalité romaine marche la main dans la main avec la vraie liberté, et par conséquent aussi avec le mouvement fécond en inégalités de l'histoire. Elle peut être considérée comme une émanation de la liberté elle-même. A Rome, tout ce qui est doué de force vive doit se développer librement. L'égalité romaine veut que la loi ne favorise pas artificiellement une force au détriment des autres. L'inégalité du résultat, qui est la suite naturelle de la différence des forces, ou qui est la conséquence du but de l'État, n'a pour les Romains rien de blessant. L'inégalité dans la position de vie, le rang, l'état, l'honneur, l'influence politique, la fortune, etc., ne paraissait pas au Romain une faute contre le principe républicain. Il accordait de bonne grâce son respect à ces avantages. Il n'y a dans l'histoire de Rome aucune trace de cette haine contre les riches, qui jette son ombre lugubre sur l'époque moderne. C'est qu'à Rome ces différences étaient le produit naturel de la liberté. Partout où elles revêtent ce caractère, elles n'ont rien d'odieux. Elles ne peuvent paraître odieuses que là où elles ont été créées ou protégées par des moyens artificiels, c'est-à-dire par des priviléges, là où la prépondérance des uns est réalisée par l'abaissement légal des autres. Là, en effet, le sentiment d'égalité, parfaitement légitime en soi, aiguillonné par l'injustice qu'il éprouve, peut se changer en haine et en rancune contre les riches, le fantôme d'une égalité fausse et paradoxale peut trouver accès chez les masses, tandis qu'un peuple vraiment libre n'a rien à en redouter.

L'égalité devant la loi est une émanation de l'idée de justice : ce qui par sa nature est égal, doit être traité également par la loi. Mais qu'est-ce que l'égalité ? Le droit romain antique, autant que le droit moderne, s'efforce d'établir l'égalité (*aequum*

jus, aequitas) [121], mais il y a un abîme entre l'égalité dans le sens du droit nouveau et l'*aequitas* dans le sens du droit antique, dans ce sens où TACITE [122] appelle la législation des XII tables : *finis aequi juris* : l'égalité extrême du droit ! Le droit postérieur s'est cependant approprié exclusivement cette expression. Il s'en sert pour se mettre en opposition avec le droit strict (*strictum jus*) de l'époque antique, comme droit équitable. Le jugement que l'époque postérieure porte sur ce droit strict est exprimé par la célèbre maxime : *Summum jus summa injuria* [123]. Elle formule contre la tendance égalitaire du droit ancien le reproche d'avoir, en réalité, entraîné comme conséquence, la plus extrême inégalité. L'équité, telle que l'entendait le droit postérieur, aurait au contraire apparu à l'époque ancienne comme une déviation de la véritable égalité procédant d'une bénignité exagérée, et cependant elle pourrait elle-même paraître encore trop sévère parfois, à un sentiment d'équité efféminé [124].

Qu'en est-il maintenant de cette égalité ? D'où vient ce phénomène que malgré la tendance constante de tous les temps à établir l'égalité dans le droit, il y ait des différences si sensibles dans les résultats obtenus ? Il y a à cela une cause double : l'une matérielle, l'autre individuelle. D'abord les choses elles-mêmes se modifient dans le cours du temps. A la place de la conformité originaire des rapports de la vie du peuple, quant à la fortune, à l'éducation, à la position sociale, à la résidence,

---

[121] *Aequitas, quae paribus in causis paria jura desiderat,* CIC. TOP., c. 4.

[122] Annal. III, 27. C'est dans le même sens que selon TITE-LIVE, III, 34, les décemvirs disent de la loi des XII tables : *se omnibus summis infimisque jura* EXAEQUASSE.

[123] CIC. de off. I, 10, 33 : ... *Ex quo illud: summum jus summa injuria jam tritum sermone proverbium,* ou comme dit COLLUMELLA, I, 7 : *summum jus antiqui summam putabant crucem.*

[124] Sur le caractère relatif de la notion d'équité v. THÖL, *Einleitung...* (Introduction au droit privé allemand) § 18.

à l'absence ou à la présence, etc., il se produit entre ces rapports, avec les progrès de la civilisation, une différence de plus en plus tranchée, vis-à-vis de laquelle le maintien des dispositions originaires, calculées pour leur égalité primitive, devient de plus en plus impossible. Les dispositions pécuniaires fixes de 25, 500, 1000 as de l'ancien droit romain, étaient devenues, pour l'époque postérieure, une impossibilité absolue; il en fut de même de l'égalité originaire dans le traitement des présents et des absents, lorsque le territoire de Rome et le domaine du commerce romain se furent cent fois et mille fois agrandis. Ensuite, à mesure que les choses passent, les idées changent. Le sentiment des inégalités s'affine de plus en plus : le peuple se rend mieux compte de celles-ci. Le sentiment de la justice devient plus impressionnable. Un contraste que le sentiment juridique grossier aurait à peine aperçu, apparait au sens raffiné d'une époque éclairée comme décisif pour le jugement juridique, même pour des rapports qui en fait n'ont pas été atteints par le changement des choses. Tel est le contraste de la dette et de l'imputation.

La voie par laquelle tout droit poursuit et doit poursuivre l'égalité est la généralisation ([125]), c'est-à-dire la formation de classes et l'établissement de règles pour celles-ci. Mais elle présente un danger qu'il est impossible d'éviter; celui de traiter *également* ce qui est *inégal* en réalité. Le droit, dans cette généralisation a beau tracer des cercles de plus en plus étroits, descendre de plus en plus dans les particularités, le danger subsiste toujours. Du moment que la généralisation est relativement trop large, se produit le *conflit de l'idée d'égalité avec elle-même* ou l'*injustice*, c'est-à-dire que ce qui est réellement inégal est traité comme égal, parce que la minime différence qui en fait

([125]) THÖL, *l. c.*, § 37, dit *classification*. J'ai pris l'expression que j'emploie, dans la L. 8 de leg. (1, 3) : *Jura non in singulas personas, sed* GENERALITER *constituuntur*.

l'inégalité n'a pas été observée par la loi. Cela se manifeste ordinairement tout d'abord dans un cas isolé où cette différence devient particulièrement sensible. En supposant même que ce cas fournisse l'occasion d'établir une nouvelle règle pour l'avenir, ce cas lui-même sera sacrifié à la règle ancienne, si le droit ne possède pas ici un appareil pour infirmer sa propre disposition, une *correction spontanée* du droit dans la voie de l'*individualisation*. Si un droit s'est donné lui-même pour but de ne pas souffrir ce conflit de l'idée d'égalité avec elle-même, cette possibilité d'une « *iniquité*, » il ne reste assurément pas d'autre moyen. Son application peut être conçue de diverses manières. Ou bien la règle même revêtira d'avance une élasticité telle qu'elle pourra se conformer complètement à l'individualité du cas concret (par exemple l'*actio injuriarum aestimatoria*, le maximum ou minimum des peines); ou bien en regard d'une règle il s'en élèvera une autre, destinée à éliminer les sévérités de la première dans l'application (*restitutio in integrum* du droit romain nouveau, circonstances atténuantes); ou bien enfin un pouvoir supérieur placé au-dessus du juge se chargera de la correction du droit, sans règles fixées d'avance. C'est une combinaison du pouvoir législatif et judiciaire dans un cas particulier, telle que l'exerce le Préteur, plus tard l'Empereur([126]), aujourd'hui, en matière de justice criminelle seulement, le souverain (droit de grâce). Mais ce dernier moyen reste toujours fort hasardeux et périlleux. L'appréciation juridique y abandonne le terrain solide de la règle juridique, pour se confier à l'élément mouvant des impressions personnelles, élément qui est à vrai dire celui de l'arbitraire conscient ou inconscient ([127]).

([126]) CONSTANTIN, I, 1., Cod. de leg. (1-14): *Inter aequitatem jusque interpositam interpretationem nobis solis et oportet et licet inspicere.*

([127]) Ce que la jurisprudence romaine ne se dissimulait point et ne pouvait se dissimuler. V. PAUL dans la L. 91, § 3 de V. O. (45, 1)... *quaestionem de bono et aequo, in quo genere plerumque* SUB JURIS AUCTORITATE PERNICIOSE *erratur*.

Dans le droit privé de Rome ([128]), cette tendance à l'individualisation se manifeste pour la première fois avec le troisième système. Elle est en contradiction complète avec l'esprit du droit ancien dont l'accès lui est interdit de toutes parts. Le législateur ne peut pour un cas particulier faire des exceptions à la loi. Il ne peut établir pour ce cas une règle particulière ([129]). Le juge (le Préteur comme le *judex*) ne peut dans un cas particulier se mettre au-dessus de la loi. Le système entier du droit ancien, s'opposait à ce qu'il fût laissé une latitude quelconque à l'appréciation personnelle du juge. L'arbitraire et la partialité auraient pu se faire jour, sous le manteau de l'équité, et le droit ancien préfère sacrifier toute équité, s'exposer à l'éventualité que son égalité conduise, dans une espèce particulière, à une inégalité extrême, que de laisser subsister un pareil danger. Les Romains anciens, considéraient cette éventualité sous un tout autre jour que nous. La logique rigide qui s'exprime dans l'égalité, avait comme telle quelque chose d'imposant pour eux. Elle leur rendait supportables les résultats auxquels elle conduisait. L'individu qu'elle atteignait, pouvait se consoler lui-même de l'*iniquité* supposée d'une décision, par la pensée que la justice l'exigeait ainsi. Il y a dans le sentiment juridique aussi place pour l'héroïsme et pour la lâcheté : les Romains n'étaient pas faits pour sacrifier à des considérations de bien-être individuel, des buts grandioses. La réalisation incessante du droit, l'exclusion de toute partialité, de tout ar-

([128]) Sur le droit criminel, v. plus haut, p. 44, s.

([129]) C'est ainsi du moins que Cicéron (pro domo c. 17) entend la défense célèbre de la loi des XII tables : *vetant XII tabulae leges privis hominibus irrogari*, pro Sextio, c. 30, de legib., III, c. 19 : *privilegia tollit*. Cependant il donne lui-même (de leg. III, 23-58) un exemple du contraire. Il ne s'agissait, il est vrai, que d'une loi de police (inhumation dans l'intérieur de la ville) : *C. Fabricius virtutis causa solutus legibus*. V. dans Tite-Live, XXXIX, 19, un autre exemple dans lequel il s'agissait également de l'acquit d'une dette de reconnaissance publique.

bitraire exerçaient un tel empire sur l'esprit des Romains, la période de justice arbitraire et patriarcale (note 29) qui avait précédé la loi des XII tables les avait si profondément imbus de ces idées, que les désavantages inséparables du système étaient vaillamment supportés.

De là donc, — et ceci est un trait caractéristique du droit ancien comparé au droit nouveau — la domination sans égards de la règle abstraite, la répulsion décidée pour toute *individualisation* en droit.

L'égalité devant la loi était-elle par cela seul assurée ? Certes non. Bien qu'il fût mis obstacle à ce que, *dans un cas particulier*, une inégalité, une exception à la règle pût se produire, l'introduction d'une inégalité *générale* devant la loi, par exemple par la faveur ou l'abaissement légal de certaines classes n'était pas par cela seul rendue impossible. Il en résulte une distinction importante : celle des *différences* et des *inégalités* juridiques. Il est évident que la loi doit et peut attacher des différences juridiques à certaines distinctions naturelles existant entre les hommes et entre les choses. La position de la femme réclame d'autres dispositions de droit que celle de l'homme; l'enfant ne peut juridiquement être traité de la même manière que l'adulte; la différence naturelle de l'objet, par exemple sa mobilité ou son immobilité, ne pourra pas non plus rester sans influence sur le droit. Il en est entièrement de même sous le rapport politique, et il faut un manque complet de discernement politique et de connaissances historiques pour le méconnaître. Mais il faut établir une distinction entre ces différences juridiques, et les inégalités devant la loi. Ces dernières sont des déviations de la règle du droit. Elles ne sont pas le produit de causes matérielles, le bien de l'État ou des différences intrinsèques. Elles ne tendent qu'à privilégier ([130]) une classe de

([130]) Pour abréger je n'ai parlé dans le texte que des priviléges (*privilegia favorabilia*), mais tout ce que j'en dis s'applique également aux passe-droits (*privilegia odiosa*).

personnes aux dépens d'une autre et leur raison dernière consiste uniquement dans la prépondérance sociale de l'influence que cette classe a su exercer sur le pouvoir législatif et exploiter dans son intérêt égoïste.

Il est facile de voir que ces irrégularités pêchent contre l'idée de justice. Elles constituent une partialité et un arbitraire parfaitement identiques à ceux dont le juge pourrait se rendre coupable. Si le juge ne peut favoriser personne, comment le législateur le pourrait-il ? Lui aussi ne peut user de son pouvoir que dans l'intérêt de la justice. Comment l'égalité pourrait-elle être la règle la plus élevée et le but du pouvoir *judiciaire*, si elle ne l'était pas aussi pour le pouvoir *législatif ?*

Cette distinction entre les inégalités et les différences juridiques n'est pas seulement idéale, elle vit, comme fait, dans le sentiment intime des peuples. Ceux-ci, il est vrai, peuvent en faire des applications fort diverses. Une époque postérieure verra une inégalité criante devant la loi, dans une différence juridique qui, à une époque antérieure, paraissait surgir de motifs internes et externes. Le motif en réside dans la double antithèse, existant dans la différence matérielle d'aspect des rapports de la vie, et dans l'irritabilité et la sensibilité individuelles du sentiment juridique. Sous ce dernier rapport, nul peuple ne fut mieux doué que les anciens Romains. L'égalité la plus complète existe, en principe, dans le droit privé. Nulle distinction de ville et de pays, de richesse et de pauvreté, d'élévation ou d'humilité ([131]). La règle établie ne fléchit devant

([131]) Le droit ecclésiastique réclamait pour la *virgo vestalis* et le *flamen dialis* une modification du droit privé consistant dans la cessation de la puissance paternelle sans *capitis deminutio*. — La divinité ne souffrait aucune tache dans ses serviteurs. Elle ne pouvait davantage souffrir qu'une puissance étrangère pesât sur eux. De là la dispense des vestales de la tutelle des femmes (expressément prévue dans la loi des XII tables. GAIUS, I, 145), leur exclusion de la succession ab intestat, tant activement que passivement. GELL., I, 12, 18, mais en revanche on leur reconnaissait le

aucune considération (l'exécution personnelle, par exemple, se poursuit contre les parents avec la même rigueur que contre les étrangers); les exceptions à la règle sont choses quasi-inconnues à l'ancien droit. Tous les jugements portés par des Romains et parvenus jusqu'à nous, se font les échos de cette impression d'égalité que produisait l'ancien droit et spécialement la loi des XII tables [132].

L'esprit d'égalité de ce droit — et c'est là le second élément pour le déterminer — se manifeste donc encore par sa tendance à généraliser dans la mesure la plus large, ainsi que dans son extrême répugnance à particulariser. Tandis que d'autres droits, par exemple le droit germanique, ont plus en vue l'élément de la particularité et de la spécialité et perdent de vue celui de la généralité, le droit romain ancien agit dans un sens tout opposé.

Examinons maintenant d'un peu plus près, et dans les détails, l'égalité romaine, d'abord sous le rapport politique et ensuite sous le rapport du droit privé. A ces deux points de vue, l'histoire de la lutte des patriciens et des plébéiens contient des enseignements importants. Il n'y a presque pas de page de l'histoire du droit ancien, dans laquelle cette lutte n'ait laissé ses traces; et je crois en avoir découvert même dans la question dont il s'agit. La réaction avait nécessairement dû être violente contre l'oppression que la prépondérance patricienne avait fait peser si longtemps sur les plébéiens. Amèrement ressentie, l'inégalité avait dû renforcer d'autant plus le sentiment d'égalité, et cette amertume même avait dû lui être un puissant stimulant.

---

droit de faire un testament. Gell., I, 12, 9 et VI, 7. Je passe sous silence les priviléges étrangers au droit privé. La position de ces personnes fait dire à Serv., ad. Aen. XI, 206 : *legibus non tenentur*.

(132) Je renvoie aux textes déjà cités de Cicéron, de Tite-Live et de Tacite (épigraphe de ce paragraphe et note 122).

Une situation aussi tendue aboutit facilement à des catastrophes. Les aspirations les plus légitimes en elles-mêmes peuvent dégénérer en un vertige sauvage d'égalité, en une soif fanatique de nivellement. C'est ce qui arriva à l'époque de la révolution française. Il en fut autrement à Rome. Ce que la plèbe voulait, et ce qu'elle obtint, ce fut son assimilation juridique avec les patriciens, l'abolition des priviléges de *caste*. C'était une idée inconnue aux Romains, que dans l'État il ne doit y avoir ni haut ni bas, ni division du pouvoir, ni supériorité ni subordination. Après comme avant l'accession des plébéiens à la magistrature, celui qui était revêtu de cette dignité, s'élevait au-dessus du simple citoyen autant par l'étendue de son pouvoir, que bien de nos souverains constitutionnels pourraient lui envier, que par le respect dont il était entouré, et les honneurs dont il jouissait. Le même peuple qui venait de choisir dans son sein un magistrat, lui rendait hommage aussitôt après, avec tout le respect et toute la soumission possibles. D'un autre côté, la majesté et la dignité vraiment royales que maints fonctionnaires savaient mettre dans leur conduite vis-à-vis du peuple, mettent bien en lumière le rapport dans lequel ils croyaient eux-mêmes se trouver vis-à-vis du peuple. Des maîtres nés sur le trône n'eussent pas eu une attitude plus souveraine.

Le maintien de la constitution Servienne pendant la période dont nous nous occupons, peut donner une connaissance plus exacte encore du sentiment d'égalité politique qui animait les Romains. Cette constitution, on le sait, fondait une timocratie. L'idée d'égalité y était réalisée de telle manière que chacun avait à exercer des droits politiques dans la mesure dans laquelle il participait aux charges de l'État. — Ce principe avait naturellement pour conséquence une grande inégalité dans les droits politiques. A côté des comices par centuries reposant sur cette constitution, se trouvaient aussi, il est vrai, les comices par tribus. Ceux-ci étaient établis sur le principe de la capitation. La prépondérance de l'influence politique, la puissance réellement

décisive étaient cependant, et de loin, du côté des premiers. En effet, en dehors du pouvoir législatif, commun à tous les deux, et de la prépondérance dans la juridiction criminelle, les comices par centuries étaient exclusivement en possession du droit de choisir les magistrats curules, et du pouvoir de décider de la paix et de la guerre.

Il y avait encore une autre manifestation éclatante de la conquête de l'égalité politique par les plébéiens. Depuis l'assimilation des castes, le plus humble plébéien ne rencontrait juridiquement plus aucun obstacle qui l'empêchât de s'élever aux rangs les plus élevés de l'administration de l'État et de s'anoblir, lui et sa famille, par son propre mérite. L'accroissement de sa fortune, réalisé par son économie et son activité, lui faisait gravir une classe supérieure du cens, et augmentait son influence politique. Il pouvait, en se distinguant sur le champ de bataille ou dans la cité, attirer sur lui les yeux du peuple, conquérir sa faveur, et être élevé aux honneurs les plus considérables. A Rome, comme partout ailleurs, ce n'était pas la capacité personnelle seule, mais le succès et l'ambition, qui aidaient à faire réussir. A Rome aussi, le passé, c'est-à-dire la famille, la position sociale, la richesse, les alliances, etc., en un mot tous les avantages de la naissance, exerçaient, en fait, une influence énorme et rendaient la concurrence bien difficile à ceux qui ne les possédaient point. Mais *en droit* la concurrence était possible. Le bonheur, l'énergie, le mérite, parvenaient à paralyser cette prépondérance que donnait la naissance ; et loin d'être un obstacle à la force véritable, elle n'était qu'un aiguillon de plus qui en doublait les efforts (133).

---

(133) Tite-Live, XXXIX, 40 : *omnes patricios plebejosque nobilissimarum familiarum, M. Porcius longe anteibat. In hoc viro tanta vis animi ingeniique fuit, ut quocunque loco natus esset, fortunam sibi ipse facturus fuisse videretur*. Quant aux résistances que rencontrait un *homo novus*, v. par exemple Tite-Live, IX, 46; XXXVII, 57.

Si le faible ne rencontrait aucun obstacle juridique qui l'arretât dans sa carrière, il n'y avait aucun principe non plus, aucune institution qui assurât forcément au puissant sa position élevée. A lui seul il appartenait de s'y maintenir. Il n'y avait pas à Rome de ces institutions, fidéicommis de famille, ou fiefs, etc., au moyen desquelles le droit plus moderne a tenté de prévenir ces chûtes. Il n'y avait pas non plus de barrières interdisant l'accès des sommets de la société. A Rome, chaque citoyen pouvait, par lui-même et sans obstacles, acquérir la noblesse, ou la perdre.

Passons au droit privé. Il n'y avait à Rome qu'un seul droit pour tous, sans distinction de caste, de profession, ou de résidence. Il existait bien des différences juridiques, mais presque toutes ont rapport à la distinction naturelle du sexe, de l'âge, de la famille, de la mobilité ou de l'immobilité des choses. L'influence qu'exercaient la profession ou la position sociale était presque nulle ([134]).

Quel en est le motif ? Ce serait une erreur de croire que le droit romain soit resté en défaut de reconnaître comme il convient la tendance de particularisation de la vie. Tout besoin

---

([134]) La seule exception qu'offrent à cet égard les personnes ecclésiastiques a été rencontrée plus haut (note 131). L'*état militaire*, plus tard si richement doté de priviléges, n'existait pas encore comme tel à cette époque; chaque citoyen était soldat, et le droit n'avait aucun motif de le traiter plus favorablement sous les armes qu'autrement. Le *testamentum in procinctu* n'était pas un privilége, mais un testament devant le peuple (sous les drapeaux); le privilége de la *pignoris capio* reconnu dans un intérêt de service à l'*aes militare, equestre, hordearium* existait aussi dans d'autres buts. Les particularités du droit commercial romain ne sont nées pour la plupart qu'à une époque postérieure. (Par exemple l'*agere cum compensatione* de l'*argentarius*, Gaius, IV, § 64 ; l'*act. receptitia* donnée contre lui, Theophilus, IV, 6, § 8 ; l'*actio* contre le *socius* de l'*argentarius*, Auct. ad Heren., II, c. 13; le droit particulier des sociétés de publicains, L. 59 pr. L. 63, § 8 pro socio, **17**, 2 ; l'*actio exercitoria* et *institoria*).

juridique pouvait être satisfait; chaque classe, chaque profession pouvait se créer librement et selon ses besoins, une sphère juridique dans laquelle elle avait une pleine liberté de mouvement. C'était une conséquence du principe d'autonomie qui était reconnu à Rome dans sa plus large étendue. L'intérêt des familles nobles exigeait-il, par exemple, un avantage héréditaire au profit des fils sur les filles, au profit de l'aîné sur le puiné, un testament fait à chaque génération par le chef de la famille suffisait pour l'assurer. Fallait-il pour les relations commerciales un lien obligatoire spécialement rigoureux, les contractants pourvoyaient eux-mêmes à ce besoin en faisant leur convention. Des corporations croyaient-elles devoir se régir par des règles particulières, elles étaient libres de les établir par leurs statuts ([135]). Des époux ou d'autres proches parents croyaient-ils que la communauté de biens était le régime qui convenait le mieux à l'intimité de leur alliance, ils ne rencontraient aucun obstacle à traduire leur vœu sous la forme d'une *societas omnium bonorum* ([136]). On peut donc admettre que dans la Rome antique les intérêts divers d'après le rang, la classe, la profession, etc., poursuivaient, chacun de leur côté, leur satisfaction juridique respective, de sorte que le droit, égal pour tous en thèse générale, prenait dans les relations un aspect typique différent dans la mesure de ces différentes situations. Mais cette fécondité de l'autonomie se bornait aux relations juridiques concrètes nécessaires. Malgré l'uniformité de leur reproduction, elle ne produisait pas de règles juridiques abstraites. Les Romains établissaient une distinction trop tranchée entre le droit et l'usage, entre le droit dans le sens objectif, et le droit dans le

([135]) V. note 68.

([136]) Communauté de biens viagère entre époux, L. 16, § 3 de alien. (**34**, 1), entre mère et fille, L. 78 pr. § 8 ad Sc. Trebell. (**36**, 1) entre frères, L. 3, L. 31 § 4 de excus. (**27**, 1). VAL. MAX. 4, 4 § 8. PHILARGYRIUS ad Virg. Bucol., 3, 90... *omnia communia, unanimi fratres sicut habere solent.*

sens subjectif, pour admettre un droit de telle classe, de telle profession, etc. Il eût fallu, chez eux, à l'époque antique ([137]), une loi pour ériger en droit propre à une classe, ses usages et ses coutumes juridiques. Mais les tendances égalitaires, l'esprit même du droit ancien, répugnaient à l'application de ce moyen.

Pourquoi du reste la législation se serait-elle immiscée dans les intérêts des corporations ou ceux des particuliers du moment que, par leur propre force ces intérêts parvenaient à se réaliser dans leur forme nécessaire ?

Les différences juridiques des personnes qui se rencontrent dans le droit ancien, ont surtout pour objet, nous l'avons déjà dit, des différences naturelles. Elles sont peu nombreuses et n'ont guère d'importance. Le principe de l'égalité abstraite semble avoir empêché leur libre et large développement.

L'antithèse existant entre les hommes libres et les esclaves doit, tout d'abord, être écartée. L'esclave n'est pas, juridiquement, une personne. Il ne peut donc être question de distinctions de personnes que chez les hommes libres ([138]). La circonstance qu'une personne est, ou n'est pas soumise à la puissance d'autrui (*alieni* ou *sui juris*), crée la distinction la plus importante en cette matière. La puissance domestique avait dans l'ancien droit la même portée pour toutes les personnes qui y étaient soumises, femme, enfants ou esclaves. L'inégalité naturelle et morale qui existe dans la position de ces personnes disparaissait *juridiquement* devant la prépondérance de la puissance domestique. C'étaient la vie et les usages qui modelaient les différences de leur caractère moral.

D'après le droit ancien, le *sexe* ne créait aucune différence

([137]) Il en fut autrement dans le troisième système. L'on peut démontrer que mainte règle de droit n'y contient que le dépôt de l'aspect autonomique constant des relations concrètes. V. § 41 note 493.

([138]) *In servorum conditione nulla est differentia,* § 5. I. de jure pers. (1, 3). L. 5 pr. de statu hom. (1, 5).

appréciable quant aux enfants soumis à la puissance paternelle. Les fils et les filles héritaient par parts égales; ils étaient, à l'origine, sur la même ligne, même en ce qui concernait l'exhérédation ou la prétérition ([139]). L'influence du sexe sur l'adoption et sur l'émancipation résultait non pas tant de la loi des XII tables elle-même que d'une interprétation reposant sur une expression accidentelle de cette loi ([140]).

Mais où la position des enfants semblait devenir différente, c'était en cas de mariage. La fille obtenait sous forme de *dos* une partie de la fortune paternelle, tandis que le fils ne jouissait pas de cet avantage. Ce n'était cependant que le principe de l'égalité du traitement qui leur était appliqué. Le mariage, dans l'ancien droit, avait pour conséquences l'entrée de la fille sous la puissance du mari et sa sortie de la puissance du père. Il lui faisait perdre en même temps son droit héréditaire. Le fils, lui, restait sous la puissance paternelle, et conservait ses droits héréditaires. La *dos* indemnisait la fille de la perte de ce droit, elle n'était autre chose qu'une avance d'hoirie. Il y avait encore égalité entre les deux sexes en ce qu'il dépendait entièrement de la volonté du père de garder ses enfants sous sa puissance ou de les en affranchir.

La différence de sexe se faisait sentir plus vivement pour ce qui concernait les personnes *libres de puissance*. Tandis que l'homme était affranchi de la tutelle après sa majorité, la femme, à l'exception de la vestale (note 131), restait sous tutelle sa vie durant. Même, le cas échéant, elle était placée sous la

([139]) V. SCHRADER, sur Inst. de exh. lib. (2, 13), notamment : 1. Exhérédation : L. 4. Cod de lib. praet. (6, 28). *Scimus* ANTEA *omnes inter ceteros exhaeredatos scribere esse concessum.* 2. Prétérition : Son effet n'était pas encore nettement arrêté à l'époque de Cicéron. CIC. de orat., I, 38.

([140]) « *Filius* » ; ULPIEN., X, 1... *id enim lex XII tab. jubet his verbis : si pater* FILIUM *ter venunduit,* FILIUS *a patre liber esto.* Comme la loi ne mentionnait que le *filius,* on se contentait, pour les filles et les petits-fils, d'un seule vente. V. au surplus, § 49.

tutelle de ses propres fils. Elle ne pouvait jamais devenir tutrice elle-même, elle n'avait aucune *potestas* sur ses enfants et était incapable de témoignage solennel.

En droit public l'influence du sexe se comprend d'elle-même. Mais plus le droit privé était, à l'origine, intimement lié au droit public, plus l'incapacité de droit privé des femmes devait être étendue. Il en était ainsi notamment en ce qui concernait les actes qui primitivement se faisaient devant l'assemblée du peuple (141). Mais la capacité des femmes s'élargit à mesure que se rompirent les liens qui unissaient le droit privé à la politique. Cette rupture était déjà, au fond, un fait accompli au commencement de cette période. Sous l'empire du système dont nous nous occupons actuellement, il y avait à peine un acte, en dehors de l'arrogation et en partie du testament (142),

(141) GELLIUS, V, 19... *neque mulier arrogari potest, quoniam* ET CUM FEMINIS NULLA COMITIORUM COMMUNIO EST.

(142) La forme même du *test. comit. cal.* s'opposait à la capacité de tester des femmes. L'obstacle cessa avec le *test. per aes et libram*, car elles étaient capables de *mancipatio.* On conserva cependant l'ancienne règle, qui ne pouvait plus désormais se justifier que par des motifs matériels. L'on peut trouver ceux-ci dans la tendance à conserver le patrimoine des familles. La sortie de la famille à laquelle la femme appartenait par sa naissance, sortie qui avait lieu à la suite du mariage avec *manus,* faisait cesser cette considération. D'autre part lorsque la femme était devenue *sui juris* par la mort de son mari, le testament pouvait servir désormais à remettre sa fortune dans sa famille d'origine, tandis que d'après le droit héréditaire ab intestat cette fortune serait échue aux agnats, ses alliés, et aux gentils. Le testament pouvait donc en réalité rendre ici à la famille ce service qui fut comme nous l'avons vu précédemment (§ 17), le motif originaire du testament romain. Ainsi s'explique la disposition mentionnée par CIC. Topic., c. 4 et GAIUS, I, § 115a, qu'une femme qui a souffert une *capitis deminutio* (CIC.), ou qui a contracté une *coemptio* (GAIUS) a seule la *testamenti factio.* Plus tard on trouva moyen d'étendre à toutes les femmes la *testamenti factio.* V. à ce sujet t. IV § 68.

que les femmes ne pussent entreprendre avec l'assistance de leurs tuteurs.

L'influence de *l'âge* était relativement insignifiante dans l'ancien droit. La *cura minorum* étant inconnue alors, cette influence se restreignait à la *tutela impuberum.* Cette institution, bien que très-imparfaite, satisfaisait à la nécessité naturelle de protéger les mineurs. En dehors de ce moyen de protection, les principes généraux du droit civil s'appliquaient entièrement aux pupilles, notamment les principes sur l'inadmissibilité de la représentation. Cette conséquence était d'une grande sévérité. Le pupille devait agir lui-même, le tuteur ne faisait que lui donner l'*auctoritas.* Si le mineur n'était pas encore capable d'agir, l'affaire devait en rester là, le tuteur ne pouvait le représenter (143). Quelle que fut l'urgence des besoins sous ce rapport, jamais le droit romain ne put se déterminer à créer une exception. Les priviléges à raison de l'âge en matière de droit héréditaire, le droit d'aînesse furent toujours inconnus au droit romain.

La différence des *choses* a naturellement aussi exercé une influence juridique dans le droit romain ancien, mais cette influence n'est nullement comparable à ce qu'elle fut ailleurs, par exemple dans l'ancien droit germanique et dans le droit

(143) L'opinion contraire n'a pour elle ni les textes ni l'esprit de l'ancien droit. L'on peut avec v. SCHEURL, *Beiträge,* T. 2, p. 11, s'étonner qu'une autorité comme KELLER ait encore pu, récemment, s'exprimer en ce sens dans sa *Procédure civile,* p. 233, note 641. Il y a controverse sur la possibilité de la représentation du pupille par le tuteur, spécialement en justice. v. SCHEURL, *Beiträge,* II, 11, défend notre opinion. KELLER, *Civilprozess,* § 54, défend l'opinion contraire uniquement à cause de la représentation *pro tutela* (pr. J. de iis per quos, 4, 10. THEOPH. ib.) dans laquelle on ne peut voir, malgré l'autorité de Theophile, que la *postulatio suspecti tutoris* intentée dans l'intérêt du pupille. Il n'y a rien d'étonnant, au surplus, à ce qu'on ajourne les procès d'un mineur ; que l'on se rappelle seulement la *bonorum possessio ex edicto Carboniano.*

anglais ([144]). Il ne peut être question, cela va sans dire, des différences juridiques qui résultent nécessairement de la nature différente de l'objet, par exemple de ce que les servitudes prédiales ne peuvent s'exercer que sur des choses immobilières, de ce que les actions noxales ne s'appliquent qu'aux animaux et aux hommes, de ce qu'un prêt n'est possible que pour des choses fongibles, de ce qu'il n'y a pas d'usufruit des choses consomptibles. D'autre part la destination économique différente du *praedium urbanum* et *rusticum* s'est montrée féconde en résultats sous le rapport juridique, dans la troisième période plus encore il est vrai que dans cette période-ci, où elle ne se manifeste avec certitude que dans les servitudes prédiales et dans l'*actio aquae pluviae arcendae*. Il en est de même de l'antithèse des *res mancipi* et *res nec mancipi*, cette énigme historique dont nous avons parlé déjà précédemment (§ 10); ainsi que de la distinction des choses auxquelles appartient ou manque le *jus postliminii*, la seule matière dans le droit romain où l'attirail militaire joue un rôle ([145]). La distinction des choses *mobilières* et *immobilières* n'a pas eu dans le droit romain ancien, de loin, l'influence que l'on pourrait croire au premier abord. Bien qu'il y ait des différences isolées, par exemple la différence du temps requis pour l'usucapion (une et deux années), cette distinction n'en reste pas moins dénuée de toute importance. La possession ([146]), la propriété, le droit hypothécaire, le droit héréditaire, l'*obligatio* en sont au fond complètement indépendants, aussi bien par rapport aux formes

([144]) « Dans ce droit plus que dans nul autre, le droit immobilier s'est érigé en système. » GUNDERMANN, *Engl. Privatr.* (Droit anglais privé), I, 140. Introduction XVI, XVII.

([145]) HASE, Das *Jus postliminii*, p. 47.

([146]) Les interdits possessoires, pour lesquels cette distinction a de l'importance, appartiennent-ils déjà au droit ancien ? Cela est plus que douteux pour moi. Ce n'est pas le moment d'examiner cette question, nous y reviendrons ailleurs.

avec lesquelles ces droits sont établis et exercés, que par rapport à leur efficacité matérielle. Pour comprendre la portée de cette assertion, que l'on se souvienne du rôle important que la propriété foncière joue dans l'ancien droit germanique. Ce rôle est tel que l'on peut parler d'un droit réel différent pour les immeubles et pour les meubles ([147]). La comparaison du droit romain postérieur peut elle-même avoir ici son utilité ([148]). On voit de nouveau dans cet exemple la nature de l'esprit d'abstraction romain. Il pénètre au travers des distinctions naturelles des choses pour s'emparer de leur définition, et ne s'aider que de celle-ci. Il rejette complètement l'influence de l'élément naturel, ne cherchant pas à modeler la définition (de la propriété, du droit héréditaire, etc.), sur la chose elle-même, mais à adapter celle-ci à l'idée qu'elle représente. Il répugnait à la nature du droit romain de scinder une notion fondamentale ainsi que l'a pratiqué le droit germanique. Dans ce dernier les définitions se décomposent et se subdivisent

---

([147]) V. par ex. Gerber, *deutsches Privatrecht* (Droit privé allem.), § 74. Le propriété romaine, au contraire, l'usucapion, l'hypothèque, etc., présentent exactement les mêmes notions pour les meubles et pour les immeubles. Ce qu'il y a de plus significatif, c'est que le droit héréditaire se soit si entièrement soustrait à l'influence de cette distinction.

([148]) V. le 3e système. Je ne veux relever ici que quelques détails. 1. L'appréhension clandestine donnait primitivement la possession des choses mobilières comme des choses immobilières : plus tard elle ne la donna que des choses mobilières, L. 7, 47, de poss. (**41**, 2). Savigny, *Possession,* § 31. 2. Un *furtum* était possible primitivement, même pour les choses immobilières. (Gaius, II, § 51. Gellius, XI, 18, § 13, d'après un renseignement de Sabinus, de furtis : *sed fundi quoque et aedium fieri furtum*), dans le droit postérieur il ne le fut plus. 3. Défenses d'aliéner : FUNDUS *dotalis,* PRAEDIA *rustica* et *suburbana* de personnes sous tutelle. 4. Nécessité de la présence de la chose dans la mancipation, abolie plus tard par rapport aux choses immobilières. (Gaius, I, § 121... *praedia vero absentia* SOLENT *mancipari*). Nous reviendrons sur ce point à l'occasion de la théorie des actes juridiques.

sans difficulté, pour se grouper autour des distinctions naturelles établies entre les personnes et les choses comme autour des véritables noyaux de la cristallisation du droit.

Cette irrélevance en principe, cette subordination complète des différences naturelles des choses vis-à-vis de l'idée juridique a une importance si grande qu'il ne doit être tenu aucun compte des cas cités plus haut, où ces différences ont paru avoir reçu une consécration qui n'était pas commandée par l'idée juridique. Nous pouvons donc affirmer que la tendance d'égalité et de généralisation se signale autant pour les *choses* que pour les *personnes.*

Nous allons suivre maintenant cette idée sur un terrain très-important, et examiner l'influence qu'elle a exercée sur la position du juge (en y comprenant celle du Préteur). J'ai comparé plus haut (p. 76), l'ancienne administration de la justice civile à une *machine* juridique, destinée à produire la transformation de la règle abstraite, en droit concret, avec toute la précision, l'uniformité et la sûreté possibles. On pourrait nommer l'ancienne procédure le mouvement dialectique automatique de la loi. L'action du juge y était étroitement contenue et limitée, non-seulement sous le rapport de la procédure proprement dite (*modus procedendi*), mais même au point de vue du fond du droit. La procédure ancienne n'est pas seulement cette *formule légale* des dispositions du droit, dont nous avons parlé plus haut à l'occasion de la spontanéité du droit, elle contient aussi la fixation de ces dispositions elles-mêmes, qu'elle rend susceptibles d'une application purement mécanique, épargnant au juge autant qu'elle le lui défend, de scruter ce qu'il y a de purement individuel dans le cas qui lui est soumis.

Ce point de vue a décidé en réalité de la configuration toute entière du droit ancien. Abstraction faite de la question de preuve, où il eut de tout temps une assez grande latitude, le juge romain avait partout ailleurs les mains liées. Nous aurons plus tard l'occasion de nous en convaincre quant à la procédure proprement dite. Quant au fond du droit, je citerai

quelques exemples qui prouvent cette assertion et qui établissent clairement la grande différence qui sépare sous ce rapport le droit ancien du droit nouveau.

Parlons d'abord de la manière d'envisager le *temps* au point de vue juridique. Le droit ancien calculait les délais *continu*, c'est-à-dire les établissait arbitrairement égaux pour toutes les personnes et pour toutes les circonstances.

Il n'était tenu aucun compte de l'empêchement de l'ayant-droit; même l'impossibilité d'observer les délais ne sauvait pas des conséquences préjudiciables de l'omission. Il en fut tout autrement des délais que le Préteur introduisit plus tard pour *ses* institutions. Ils se comptaient *utiliter,* c'est-à-dire d'une manière toute individuelle. Le temps pendant lequel un acte avait été empêché n'entrait pas en ligne de compte ([149]). Le revirement d'idées dont témoigne cette différence dans le calcul des délais exerça aussi une influence salutaire sur les délais du droit civil antique. Tantôt le Préteur les corrigeait dans des cas d'omission excusable, par exemple pour cause d'absence nécessaire, par la restitution en entier; tantôt, s'inspirant du nouvel esprit de la législation, il élargissait ou restreignait d'avance, selon les circonstances, les délais antiques ([150]).

Mais c'est au sujet du système des dommages-intérêts (la *litis aestimatio* judiciaire) que, dans mon opinion, s'est manifestée dans une mesure bien autrement large la différence entre

---

([149]) Dans les actions prétoriennes : *restitutio in integrum* et *bon. possessio*. Il est bien certain que ce traitement plus favorable existait déjà, dans la vie, auparavant, notamment dans la *cretio vulgaris* (ULP. 22, 31, 32). Plus tard il passa aussi dans les lois ; v. par ex. la *Tab. Salpensana,* c. 27, *triduo proxumo, quam appellatio facta erit* POTERITQUE *intercedi.*

([150]) Par ex. par rapport à l'exécution ; Droit de la loi des XII tables : GELLIUS, N. A., 20, c. 1, (30 et 60 jours). Droit nouveau : ULPIEN, L. 2, de re jud. (42, 1) : *qui pro Tribunali cognoscit, non semper tempus judicati servat, sed nonnunquam arctat nonnunquam prorogat* PRO CAUSAE QUALITATE ET QUANTITATE VEL PERSONARUM OBSEQUIO VEL CONTUMACIA.

le droit ancien et le droit nouveau. Là, ces deux idées opposées, la tendance égalitaire abstraite, et le penchant à l'individualisation, se traduisent en une antithèse entre l'*aestimatio objective* ou absolue, et l'*aestimatio subjective* ou relative. Je m'explique : une dette, un dommage peuvent être taxés simplement d'après la valeur pécuniaire objective de l'*objet* dû, endommagé, anéanti ([151]) : les éléments purement individuels de ce rapport de créance déterminé n'entrent pas alors en compte. Mais il se peut aussi que ces éléments individuels deviennent la mesure du jugement. Il s'agira alors de déterminer la valeur relative d'une prestation due par *tel* défendeur à *tel* demandeur, de calculer le préjudice résultant pour tel patrimoine déterminé, de l'inexécution de la prestation, ou du délit commis. L'estimation objective aboutit toujours au même résultat ; que le créancier soit celui-ci ou celui-là, elle s'en tient uniquement à l'objet immédiatement atteint. La réaction du préjudice, circonstance qui précisément, dans des cas particuliers, pourrait amener une modification dans l'estimation, lui est complètement indifférente. L'estimation relative, au contraire, varie suivant les modalités du fait litigieux en tant qu'il a pour objet un patrimoine déterminé ; elle s'élève ou s'abaisse dans la mesure des conséquences de ce fait sur ce patrimoine.

Cette opposition fondée sur la nature des choses est également reconnue en droit romain. Certains rapports se résolvent en un *certum* (expression tout-à-fait caractéristique de l'estimation objective), certains autres en un *incertum* (estimation relative). Dans ma ferme conviction, cette opposition n'existe pas encore dans le droit ancien. Celui-ci n'a connu que l'estimation objective; l'estimation relative n'a pris naissance qu'avec

([151]) Dans les dommages-intérêts, d'après leur montant objectif, c'est-à-dire d'après la différence dans le prix de la chose avant et après le fait. Dans l'*act. quanti minoris* se rencontre un compte différentiel de ce genre.

le 3e système. Cette assertion est de nature à être fortement contredite. Comme elle est d'une importance majeure, à mes yeux, pour la caractéristique du droit ancien, je suis obligé de la justifier en détail. Quel que soit du reste le résultat de cet essai de justification, il nous fera voir en passant certains traits saillants, et ne prouvât-il rien de ce que j'avance ici, il n'en aura pas moins son utilité.

Il est hors de doute que l'estimation absolue répond exactement à la tendance du droit ancien, et l'estimation relative à celle du droit nouveau. Cette dernière transportée dans le droit ancien y serait un phénomène étrange, complètement isolé et se heurtant à une foule de contradictions. Un juge romain de l'ancien temps, condamné à l'application mécanique du droit, n'ayant ni l'habitude ni la capacité d'envisager l'élément individuel dans les rapports juridiques, aurait ici dû s'engager dans le labyrinthe confus des rapports matériels purement personnels : il aurait dû faire usage d'une mesure qui lui était interdite en principe? Pareille hypothèse, il faut l'avouer, ne peut se concilier avec notre conception du droit ancien. Le juge calcule les délais à l'aide d'une mesure égale abstraite; l'élément purement individuel ne le touche en rien. Peut-on admettre que pour évaluer l'équivalent de la prestation due, il ait dû rejeter cette mesure et déterminer cet équivalent en ayant égard à l'intérêt de tel demandeur déterminé? Nous savons déjà, en ce qui concerne l'opposition entre le *tempus continuum* et *utile*, que l'un appartient à l'époque ancienne et l'autre à l'époque postérieure : en serait-il autrement de l'estimation objective et de l'estimation subjective où l'opposition est identiquement la même?

Quelle autre explication, du reste, donner à ce fait? Et notons qu'une explication est absolument nécessaire : car une telle différence d'appréciation, si compréhensible qu'elle soit lorsqu'on peut la ramener, comme en droit germanique, à un conflit d'opinions créé par la diversité des époques, est indépendamment de cela, un fait étonnant. La différence des

situations, dira-t-on, a rendu nécessaire la différence de mesure : au point de vue du commerce juridique, la mesure absolue a paru suffisante pour certains rapports, eu égard à leur but et à leurs besoins : pour des rapports d'une autre nature, ayant un autre but et un autre objet, le besoin du commerce juridique a exigé la mesure relative. Un phénomène de l'ancien droit que j'appellerai le *système de la satisfaction indirecte des intérêts*, démontre l'inanité d'une pareille explication.

Voici le fond de ce système. La question des dommages-intérêts peut être résolue par un moyen fort usuel : le créancier se fait promettre par le débiteur une somme déterminée pour le cas où la prestation ne serait pas exécutée en son temps, ou ne serait pas exécutée du tout. Le but de cette convention peut être d'obliger le débiteur à exécuter son obligation à temps, par la perspective d'une peine (peine conventionnelle). Les parties peuvent aussi avoir eu en vue que leur accord antérieur sur le montant de l'intérêt, déchargera le créancier de la preuve sur ce point (152), preuve souvent difficile à fournir. Le créancier sauvegarde ainsi son intérêt (*incertum*) : mais la forme juridique, sous laquelle il atteint ce but, est celle du *certum*. L'appréciation du juge ne doit pas abandonner le terrain de l'estimation objective. Le commerce juridique à Rome, aussi bien que la législation suivirent cette voie. En ce qui concerne le premier (153), l'époque postérieure nous montre fort répandu l'usage de l'estimation conventionnelle préalable de l'intérêt.

(152) Les jurisconsultes romains ont reconnu la possibilité de ces deux hypothèses différentes. V. 4, § 7 de damn. inf. (**39**, 2). L. 7, § 2, quod fals. (**27**, 6). F. MOMMSEN, *Zur Lehre vom Interesse* (Théorie des dommages-intérêts), p. 19.

(153) Il y en a des exemples à chaque page dans les Pandectes de Justinien. Par ex. la *Stipulatio duplae* pour la dégradation ou l'éviction de la chose était si commune que lorsqu'elle avait été omise, on la supposait. L. 31 § 20 de aed. ed. (**21**, 1). L. 37 § 1 de evict. (**21**, 2). La pratique s'assurait même d'avance de l'estimation objective des choses par une con-

La procédure elle-même y recourait avec succès ([154]). Le même usage peut d'autant plus facilement être admis pour l'époque ancienne. Il est évident que par ce moyen, la pratique était à même de supporter sans inconvénients particuliers le système de l'estimation objective. Mais ce moyen ne pouvait suffire lorsque, d'après la nature du rapport, une stipulation préalable ne pouvait être admise, par exemple dans les délits, dans les réclamations du pupille contre son tuteur, etc. L'aide de la législation devenait alors nécessaire. Les principes étroits de l'estimation absolue n'auraient pu, sans l'intervention de la législation, donner satisfaction au droit naturel de l'intéressé Il n'aurait obtenu que la valeur objective de la lésion, et non la réparation des effets préjudiciables de la lésion sur son *patrimoine*. La législation y pourvut dans la forme indiquée ci-dessus. Elle garantit un succédané de l'intérêt, à déterminer sur la base de l'estimation objective et plus que suffisant en règle générale. Les exemples ne nous en sont certainement pas tous connus, mais ceux qui sont parvenus jusqu'à nous suffisent pour nous convaincre qu'il ne s'agit pas ici de dispositions isolées, mais d'un système logiquement poursuivi.

Ce système ([155]) est poussé à son point extrême dans la tari-

---

vention sur la valeur taxative de la chose qui devait servir plus tard de base, par ex. dans la *dos* (*aestimatio taxationis causa*), et (bien que plus rarement) dans la *societas*, le *commodatum, depositum,* etc. L. 52 § 3, pro socio (**17**, 2). L. 7 § 5. L. 52 de don. i. V. et U. (**24**, 1).

([154]) Par ex. dans la *fructus licitatio* des *interdicta retinendae possessionis.* (Puchta, Instit. T. 2, § 169), dans les stipulations prétoriennes, que les juristes recommandent beaucoup de diriger vers des sommes déterminées, L. ult. de praet. stip. (**46**, 5) : *Quoniam difficilis probatio est, quanti cujusque intersit.*

([155]) On trouve du reste, ailleurs encore, dans l'ancien droit, des sommes fixées d'avance et égales pour toutes les personnes et pour tous les cas. P. ex. dans la *legis actio sacramento*, 50 et 100 as, dans la *Lex Furia*

fication pécuniaire de certains délits, par exemple les injures ([156]), le fait d'avoir coupé les arbres d'autrui ([157]). Cependant ce moyen n'était applicable que dans le plus petit nombre des cas. La règle voulait plutôt que la peine consistât dans un certain nombre de fois la valeur de la chose lésée ([158]), ou dans l'addition à cette valeur d'une autre quantité objectivement déterminable ([159]).

Mais ce système ne se limitait pas aux délits; il comprenait au contraire des rapports de toute espèce. Maintes actions

---

1000 as. Il est à peine besoin de faire remarquer que l'égalité apparente que l'on voit là pouvait conduire, en fait, à la plus extrême inégalité. Rien n'indique mieux cette tendance à l'égalité abstraite et mécanique de l'ancien droit, que cette circonstance que le plus riche aussi bien que le plus pauvre n'avait à payer ou à recevoir que 25 as pour une injure, et que la plus grande différence dans la position de fortune était sans influence sur le maximum des legs limité par la loi *Furia*.

([156]) D'après la loi des XII tables 25 as; pour des lésions corporelles graves : 300 as, s'il s'agissait d'un homme libre, 150 as, s'il s'agissait d'un esclave.

([157]) 25 as d'après la même loi. PLINE, H. N., 17, c. 1. — Le droit nouveau se sert également dans beaucoup de cas de ce moyen très-heureux de la tarification, par ex. L. 42 de aed. act. (**21**, 1). L. 1, pr. de his qui effud. (**9**, 3). L. 47, p. de man. vind. (**40**, 4). L. 3, p. de term. moto (**47**, 21), etc.

([158]) Le *duplum, triplum, quadruplum*. Par ex. le cas échéant, dans l'*actio furti nec manifesti, furti concepti et oblati, furti manifesti,* dans les actions contre les usuriers (CATO de re rust. Procem.), dans la *Dedicatio rei religiosae*. L. 3, de litig. (**44**, 6). (GAIUS, lib. 6 ad Leg. XII tabul.), etc.

([159]) Par ex. dans l'*actio legis Aquiliae* qui, à l'origine, ne tendait pas à des dommages-intérêts mais à la valeur *objective* de la dernière année, ou le cas échéant, du dernier mois, § 10, J. ad leg. Aq. (**4**, 3). *Illud non* EX VERBIS LEGIS, *sed* EX INTERPRETATIONE PLACUIT, etc., ce que l'on pourrait du reste conclure d'autres motifs, indépendamment de ce renseignement. Les *usurae rei judicatae* après l'expiration du délai de 4 mois, s'élevaient avant Justinien à 24 pour cent. L. 2, Cod. de usur rei jud. (**1**, 54).

réipersécutoires tendaient de prime abord à obtenir le double([160]), par exemple l'*actio rationibus distrahendis*, du mineur contre son tuteur ([161]), l'action contre le mancipateur d'une chose pour défaut des *dicta promissa* ou du chef d'éviction ([162]), l'*actio de tigno juncto* contre celui qui avait sciemment construit avec des matériaux d'autrui. Dans toutes les *actiones in rem* ([163]), le défendeur était condamné au double des fruits. D'autres actions ne tendaient au double qu'après la dénégation du défendeur ([164]). La *condictio certi* pour de l'argent comptant

([160]) Le double de la valeur de la chose paraissait aux Romains un équivalent complet des dommages-intérêts, à l'époque ancienne aussi bien qu'à l'époque postérieure. Je rappellerai par ex. la *cautio duplae* dans la vente, la disposition de la *lex Julia de adult.* dans la L. 27, pr. ad leg. Jul. (**48**, 5). Cela nous explique la défense des *usurae supra alterum tantum,* et la disposition bien connue de Justinien sur le *duplum* en matière de dommages-intérêts. (L. un. Cod. de sent. quae pro eo, **7**, 47).

([161]) Ce n'était pas une action pénale, mais réipersécutoire. L. 55, § 1, de admin. tut. (**26**, 7). Savigny, Obligations I, p. 207. L'action contre les publicains pour l'extorsion de redevances non dues avait le même caractère, L. 5, 6, de public. (**39**, 4). L'*actio depositi,* dont Paul (Rec Sent. II, 12, § 11), dit que d'après la loi des XII tables elle tendait au double, avait un caractère spécial. V. Ihering, *Schuldmoment.* Giessen, 1867, p. 32.

([162]) Varro, de re rust., c. 10. Paul, Sent. rec., II, 17, § 3 : *si evincatur, auctoritatis venditor duplotenus obligatur.* Cicero de offic., III, 16 : *Nam cum ex XII tabulis satis esset ea praestari, quae essent lingua nuncupata, quae qui esset infitiatus dupli poenam subiret.* Ainsi, non pas celui qui a dénié, mais celui qui, dans la *nuncupatio,* a parlé faussement, a donné une fausse assurance. Rudorff, *Zeitsch. für gesch. Rechtsw.* (Revue de jurisprud. hist.), T. 14, p. 423-455, a établi à l'évidence que ceci ne se rapporte point aux cas de condamnation au double du chef de dénégation.

([163]) Ainsi dans l'*actio ad exhibendum,* v. Bachofen, *Pfandrecht,* T. I, p. 214, note 6. Dans l'ancienne *pignoris capio* le chiffre auquel on devait racheter le gage paraît avoir été plus élevé que le montant originaire de la dette. Cela me paraît du moins résulter de Gaius, IV, 32.

([164]) De ce nombre sont par ex. l'*actio depensi* de la caution contre le

mérite une attention particulière. Le créancier qui avait intérêt à recevoir en temps opportun, la restitution de son capital, renonçait au moyen ordinaire de la peine conventionnelle. En effet, celle-ci, du moment qu'il s'agissait d'argent, devait se tenir dans les limites des intérêts permis (165). Son efficacité se trouvait par cela même beaucoup amoindrie : et pour le cas régulier où des intérêts étaient promis jusqu'au montant du maximum des intérêts légaux, son effet était nul. La législation avait donc à intervenir. Mais celle-ci ne prévoyait que le cas où la dénégation du défendeur amenait un procès, et cela dans la forme d'une *sponsio tertiae partis* (166) (par laquelle le demandeur outre la dette principale obtenait encore un tiers en plus). Cette aggravation ne s'appliquait pas au débiteur en aveu. Il parait cependant y avoir eu des cas où le débiteur en aveu, mais *en retard*, avait à payer ce *plus* comme peine de son retard. La *lex Julia municipalis* nous en offre un exemple (167).

---

débiteur, l'*act. judicati*, le *nexum*, le legs *per damnationem*, le *damnum injuria datum*, Gaius, VI, § 171. J'ai déjà tenté plus haut d'expliquer cette condamnation au double v. T. I, p. 159.

(165) En droit nouveau cela est hors de contestation, non-seulement pour le cas du prêt, L. 44 de usur. (**22**, 1) : *Poenam pro usuris stipulari nemo supra modum usurarum licitum potest.*, mais aussi pour le prix de vente. V. la L. 13, § 26 de act. emti (**19**, 1), où l'on retrouve les expressions de Papinien dans les Vat. fragm. § 11 : *Si convenerit, ut ad diem pretio non soluto* VENDITORI *duplum praestaretur, in fraudem constitutionum videri adjectum, quod usuram legitimam excedit.* Qu'il en ait été de même dans les temps anciens, cela résulte de ce que toutes les restrictions du taux des intérêts auraient été illusoires sans cette disposition : le créancier se serait fait promettre le montant des intérêts légaux et aurait stipulé tout ce qu'il aurait voulu par dessus le marché, à titre de peine conventionnelle.

(166) Gaius, IV, § 13, 171. Cic. pro Rosc., c. 4, 5.

(167) *Lex Jul. munic.* vers. 40-44. Lorsque quelqu'un ne fait pas les travaux de voirie auxquels il est tenu, la réparation est mise en adjudication à ses frais. *Si is, qui adtributus erit, eam pecuniam diebus XXX*

S'agit-il bien dans tous ces cas d'un succédané des dommages intérêts ? Il serait absurde d'opposer absolument l'un à l'autre les deux points de vue de la peine et des dommages-intérêts. Dans beaucoup de cas, ils ne sont que les deux termes différents d'un seul et même rapport. La prestation du défendeur est, à son point de vue, une peine. Pour le demandeur, elle est une satisfaction dans le sens le plus large, c'est-à-dire une satisfaction qui lui est accordée tant pour la lésion personnelle résultant de la violation de son droit, que pour la perte matérielle qu'il a subie. L'un point de vue n'exclut nullement l'autre. C'est ce qui résulte on ne peut mieux de ce que les Romains font valoir l'idée de peine, même dans des actions qui ont uniquement en vue d'obtenir la simple réparation du dommage ([168]). Le but apparent de l'action est de procurer au demandeur son *interesse :* elle n'en est pas moins désignée, à l'égard du défendeur, comme action pénale. Il en est de même de la peine conventionnelle qui, elle aussi, bien que n'ayant d'autre but que d'assurer au demandeur l'équivalent de son *interesse*, est taxée comme *poena* à l'égard du défendeur. Si même dans quel-

proxumis, quibus ipse aut procurator ejus sciet adtributionem factam esse, ei, cui adtributus erit, non solverit neque satisfecerit, is quantae pecuniae adtributus erit, tantam pecuniam ET EJUS DIMIDIUM *ei cui adtributus erit dare debeto inque eam rem is quocumque de ea re aditum erit, judicem judiciumque ita dato,* UTI DE PECUNIA CREDITA (JUDICEM) JUDICIUMQUE DARI OPORTEBIT. La *lex Rubria,* c. 21, mentionne une *Sponsio* de la part du débiteur en aveu. On y distingue deux cas : 1) *Si is eam pecuniam in jure debere se confessus erit neque id, quod confessus erit (a) solvet satisfaciet aut (b) se* SPONSIONE *judicioque uti oportebit non defendet.* 2) *Sive is in jure non responderit neque sponsionem faciet neque judicio,* etc.

([168]) SAVIGNY nomme ces actions : *actions pénales unilatérales,* en s'inspirant exactement de l'esprit de la conception romaine. Elles ne pouvaient être dirigées contre les héritiers que *in quantum ad eos pervenit,* et en cela se manifestait notamment leur nature pénale. On trouvera dans tous les manuels de Pandectes des exemples dans la matière de la transmission des actions. V. par ex. PUCHTA, § 88, note g.

ques-uns des cas ci-dessus, l'idée de la peine prédomine, ce résultat de procurer au demandeur l'*interesse* se trouve également atteint (169). Mais dans beaucoup d'autres cas, au contraire, l'*interesse* était le point principal (170), l'application de la peine était d'ordre secondaire. Lors donc que nous nous demandons de quelle manière le droit ancien satisfaisait à la prétention naturelle de toute personne lésée à être désintéressée, la réponse ne peut être que celle-ci : d'une manière indirecte en allouant un quantum fixé d'avance, et non directement en accordant la liquidation de l'*interesse*.

Voilà tout ce qu'il s'agissait de prouver. Nous en concluons tout d'abord que cette satisfaction indirecte donnée à la prétention naturelle à l'*interesse* prouve que le droit ancien reconnaissait une pareille prétention comme fondée. La manière *indirecte* dont le droit ancien satisfaisait cette prétention prouve ensuite que la voie *directe* d'une liquidation de l'*interesse* lui répugnait; cette répugnance est parfaitement d'accord avec tout l'esprit du droit ancien.

Il n'est donc pas possible de soutenir que le but et les nécessités diverses des rapports juridiques puissent expliquer ce double aspect de l'estimation judiciaire. La nature intime des obligations qui tendaient à obtenir un *certum* ne s'opposait en aucune façon à ce qu'il fût tenu compte de l'*interesse*, car indirectement il était satisfait à cette demande. Au contraire! si dans ces obligations, pour chaque cas particulier, il était garanti un équivalent de l'*interesse* sans qu'il fallût une preuve spéciale, il est évident qu'aux yeux des Romains, ces obligations donnaient le droit d'exiger qu'il fût tenu compte de

(169) GAIUS, L. 3 de litig. (**44**, 6), motive de la manière suivante la *poena dupli* (une véritable *poena*) portée contre la *dedicatio* d'un *res aliena in sacrum : ut id veluti* SOLATIUM *habeat pro eo, quod potentiori adversario traditus est*.

(170) Par exemple dans l'*act. rationibus distrahendis*, dans l'action contre les publicains, note 161.

l'*interesse*. Mais pourquoi celui-ci n'obtenait-il satisfaction que d'une manière indirecte, pourquoi le lésé, alors que la voie directe était déjà ouverte, ne pouvait-il pas s'en servir ([171]) ?

Je ne trouve d'autre réponse que celle-ci : c'est que la voie directe n'existait pas encore. Je suis ainsi logiquement amené à admettre que les rapports pour lesquels l'estimation relative existe dans le droit nouveau, ou bien ne donnaient pas d'action dans l'ancien droit, ou bien donnaient lieu à l'estimation objective. La troisième partie de ce livre nous fournira occasion de revenir sur ce point.

([171]) Lorsque l'on entra dans la voie directe, on conserva pour beaucoup de rapports la manière de faire du droit ancien. Cela était conforme à l'esprit de conservation des Romains. Dans le *mutuum*, même en droit nouveau, on ne liquidait pas l'*interesse*, tandis que cela était possible dans un *depositum irregulare* de pièces de monnaie (v. L. 3 de in lit. jur. [**12**, 3]). — Mais dans quelques rapports, on passa de l'estimation objective, à l'estimation relative, par exemple dans l'*act. injuriarum* (*aestimatoria*, c'est-à-dire évaluation des rapports individuels, au lieu des 25 as fixés d'avance par le droit ancien) et cela se faisait ici par le Préteur. Je citerai encore l'*act. legis Aquiliae* (v. note 159). Ici la jurisprudence favorisa le progrès par une interprétation plus libre. Ce dernier phénomène pourrait jeter un jour exact sur une succession pareille dans l'*act. furti*, notamment sur le conflit qui s'y montre entre l'estimation objective et relative (cf L. 50 pr. de furtis [**47**-2] et L. 27, L. 67, § 1, 80, § 1, ibid.), mais je dois renoncer à expliquer ici ce point accessoire. Je citerai ensuite l'*interd. uti possidetis*, où SERVIUS prenait encore le *quanti ea res est* dans le sens objectif, tandis que les juristes postérieurs entendaient par là l'*interesse* L. 3, § 11 uti poss. (**43**, 17). Tel a été également le développement dans l'*int. unde vi*. L. 6 de vi (**43**, 16). F. MOMMSEN, *l. c.*, p. 48. Je citerai enfin l'*act. de servo corrupto*, (comp. L. 9, § de SERV. corr. (**11**, 3) et L. 14, § 7, ib.). Ces exemples d'une transition de l'estimation objective à l'estimation relative renforcent l'opinion défendue dans le texte; je n'ai pas même besoin de le faire remarquer.

CHAPITRE III. — *Amour du pouvoir et de la liberté.*

SECTION 1. — *Système de liberté et de contrainte en général.*

34. Dans la question que je vais traiter, il me paraît nécessaire, plus que partout ailleurs, de faire précéder l'exposition du droit ancien d'une justification du point de vue auquel je vais me placer pour le juger. Bien que la liberté soit un de ces mots qui sont dans la bouche de tout le monde, je ne puis cependant épargner au lecteur une explication sur sa signification. Il s'en faut de beaucoup, en effet, que l'essence de la liberté soit généralement comprise, même dans la science. La tâche la plus importante que j'ai à poursuivre ici sera tout d'abord de détruire une notion fausse de la liberté, qui a eu pour conséquences, en droit romain, les appréciations les plus erronées et les plus absurdes. C'est cette notion même qu'il s'agit de soumettre à la critique, et je crois ne pouvoir mieux atteindre mon but que de faire abstraction, pour un moment, du droit romain.

Le mode et la manière dont la législation coopère au but et à la mission de la société fait l'objet d'une des controverses les plus sérieuses sur le fondement des droits positifs. La législation peut se borner essentiellement à établir et à assurer les *conditions* nécessaires à la réalisation de ce but et de cette mission, n'intervenir tout au plus que par un concours indirect, et s'en remettre, pour tout le reste, à la libre action du peuple (particuliers, corporations, communautés, etc.), qui reste ainsi la véritable *vis agens* de tout le système. J'appelle ce système celui de la liberté. C'est sous certains rapports celui qui de nos jours est connu sous le nom de *selfgovernment*. Il a pour

antithèse le régime de la contrainte. Sous l'empire de ce dernier, la législation et le gouvernement exécutent eux-mêmes le travail à faire, cherchent au moyen de la loi et de la contrainte, à atteindre les buts dont il s'agit ([172]). L'antithèse, cela va sans dire, n'est pas absolue. Il n'a jamais existé d'État qui ait tout abandonné à la libre action du peuple, comme il n'en a jamais existé non plus qui ne lui ait rien laissé. Un abîme cependant sépare les deux systèmes. Prenons-les, pour mieux les caractériser, comme deux extrêmes opposés : cela nous permettra de déterminer la différence qui existe entre eux.

Pour une certaine opinion, et j'y faisais allusion plus haut, le système de la contrainte doit obtenir la préférence sans hésitation, sans réserve. Cette opinion paraît séduisante : elle attire par toutes les apparences du plus profond respect moral pour le droit. Partant de l'idée très exacte en elle-même, de la mission morale de l'État, elle ne découvre dans le système de la liberté que le règne de la subjectivité pure. Dans le système de la contrainte, au contraire, elle aperçoit le triomphe des principes *objectifs et moraux*. Là, c'est l'indifférentisme de l'État pour sa mission la plus élevée ; là, c'est la mission de l'État livrée au hasard, car le bon vouloir des individus n'est que du hasard ; ici au contraire, c'est l'application de l'État à sa véritable mission, c'est la reconnaissance pratique et la réalisation

([172]) Parmi les peuples modernes, le peuple anglais représente surtout le premier système, et le peuple français le second. Ces deux systèmes sont, au surplus, indépendants de la forme de l'État, monarchie ou république. Le système de la contrainte est tout aussi possible dans une république, (témoin Sparte dans les temps anciens, et la France de nos jours), que celui de la liberté dans une monarchie (par exemple en Angleterre). Là où l'on peut en même temps s'exalter pour la république et s'accommoder du système de la contrainte, là le sentiment de la liberté ne peut être sincère ni ardent. On s'occuperait beaucoup moins de la forme de la constitution politique si l'on avait davantage le sentiment de la vraie liberté.

de ces principes objectifs. Si l'État, pourrait-on dire à l'appui de cette opinion, a pour mission de réaliser ces grandes idées : le bien, le vrai, le beau, l'utile, etc., pourquoi les mettre encore en discussion, en abandonnant leur réalisation à la libre volonté de l'individu ou du peuple, c'est-à-dire au hasard ? Pourquoi simplement souhaiter, espérer, lorsque l'État trouve dans la loi un moyen rapide, sûr, d'atteindre nécessairement son but ? Où serait l'obstacle ? La considération pour l'individu ? mais l'individu doit reconnaître ces principes comme obligatoires par eux-mêmes ! Son propre bien-être et la paix de son existence dépendent de leur réalisation. Ce système soustrait donc véritablement, pour la première fois, l'ordre et la prospérité du monde moral aux hasards du *bon plaisir individuel,* il les proclame une nécessité sociale, et les élève à la hauteur du principe de l'ordre physique dans l'univers. Grâce à lui, les qualités du monde physique, la régularité, la sûreté, la visibilité se traduisent dans le monde moral.

Il n'est pas bien loin encore le temps où cette manière de voir dominait complètement la législation et la science, le temps où il paraissait grand et noble d'étouffer le libre mouvement de la création morale, les *forces morales naturelles,* si je puis m'exprimer ainsi, et d'y substituer la mécanisme d'une horloge. On croyait ainsi s'être rendu indépendant de toutes les forces et de toutes les influences que la loi n'autorisait pas, on se flattait de tenir le mouvement en main et de pouvoir le régler. Depuis lors, il est vrai, un revirement s'est préparé, mais il n'est qu'à son aurore. Un temps bien long s'écoulera encore avant que l'évolution ne soit complète, car cette manière de voir s'est non-seulement traduite dans nos institutions, dans nos lois, etc., mais elle s'est enracinée dans l'esprit du peuple et dans celui des gouvernements. Il y va d'un changement non pas tant dans l'opinion, mais dans le caractère et dans le sentiment juridique du peuple : de pareilles révolutions, on le sait, ne s'opèrent qu'avec une extrême lenteur.

Essayons de dépouiller ce système de son apparence trompeuse, et de le reconnaître sous son véritable aspect.

Et d'abord rejetons sans hésiter la comparaison que l'on fait entre l'ordre moral et l'ordre physique du monde. Elle est humiliante pour celui-là. La liberté, en effet, est l'essence du monde moral : la nécessité celle du monde physique. La mission de celui-là ne peut être de renoncer à cet avantage spécifique qui lui est propre, pour acheter la régularité, la sûreté, etc., de celui-ci. L'État, organisme de la liberté, ne peut sans doute, à cause de cette fonction, être privé de l'élément de nécessité : là est son degré de parenté avec la nature. Il doit avoir recours à des lois, il doit user de la contrainte mécanique extérieure. Mais plus il entre dans cette voie, plus il limite et restreint l'élément de liberté, et plus il descend des hauteurs de sa mission, qui l'élèvent au-dessus du monde de la nature, pour descendre au niveau inférieur de ce monde. L'uniformité, la fixité de l'ordre extérieur, obtenues par la contrainte, sont pour l'État ce que le corps est pour l'homme. Pour l'un comme pour l'autre, le corps n'est pas le but : il est le moyen, le point d'appui, l'instrument du libre travail de l'esprit.

Au point de vue de l'utilité, la contrainte pourrait sans doute marcher de pair avec la liberté. Le bien-être du peuple, l'ordre extérieur et la moralité pourraient prospérer sous l'un comme sous l'autre régime. L'expérience nous apprend cependant le contraire. La contrainte, en effet, ne peut jamais produire l'essor moral et intellectuel que la liberté a la puissance d'enfanter. Les lisières qu'on lui a données nuisent plus à ses mouvements qu'elles ne les facilitent. Mais alors même qu'elle promettrait des résultats extérieurs plus brillants que la liberté, ces avantages ne seraient-ils pas trop chèrement payés au prix d'inappréciables richesses morales et intellectuelles ? Supposons un peuple ayant vécu jusqu'ici sous le système de la liberté. Qu'il se trouve réduit par la violence extérieure à plier sous le joug de la contrainte, l'influence néfaste de celle-ci agira bientôt visiblement sur son caractère. Sa confiance en lui-même, son esprit d'entreprise, son énergie s'affaibliront fatalement, car toute qualité se fane lorsqu'elle ne peut

être exercée. Ces vertus ne peuvent réellement prospérer que sur le sol de la liberté ; ce n'est que là qu'elles sont possibles et indispensables.

Mais la valeur de la liberté juridique n'est pas seulement dans son utilité matérielle, elle consiste surtout dans sa destination morale. Comme pure négation, comme simple état, elle n'a aucune légitimité morale, mais elle l'acquiert du moment qu'elle devient nécessaire à une puissance créatrice positive, à la volonté. La volonté est l'organe créateur de la personnalité. C'est dans l'exercice de cette puissance créatrice que la personnalité se montre l'image de Dieu. Se sentir le créateur d'un monde, si petit qu'il soit, contempler dans sa création quelque chose qui n'était pas *avant* lui, qui n'est devenu que *par* lui, voilà ce qui donne à l'homme le sentiment de sa valeur, et le pressentiment qu'il est fait à l'image de Dieu. La science ne peut l'élever jusque là : le triomphe de la science est celui d'un miroir qui réfléchit fidèlement les choses : le triomphe de la volonté est le triomphe du fait, — de la force, façonnant elle-même les choses, et continuant la création du monde. Ce n'est qu'autant que la science, s'incarnant dans la volonté, parvienne à pénétrer jusqu'au *fait*, qu'elle s'élève avec lui au rang élevé de fait *moral*.

Déployer cette activité créatrice est le droit le plus élevé de l'homme : c'est le moyen indispensable pour sa propre éducation morale. Elle suppose la liberté et par conséquent l'abus de la liberté : le choix du mal, du faux, de l'absurde, etc. ; car on ne peut considérer comme notre création que ce qui est librement issu de notre personnalité. — *Contraindre* l'homme au bien, à la raison, etc., est une faute contre sa destination, non pas parce qu'ainsi on l'*empêche* de choisir le contraire, mais parce qu'on lui enlève la possibilité de faire le *bien* de son *propre* mouvement ([173]).

([173]) SENECA, de benef., III, *desinit res esse honesta, si necessaria est.*

L'État seul permet à la volonté de se réaliser sûrement. C'est un devoir pour lui de reconnaître et de protéger la mission créatrice de la volonté comme pouvoir et liberté juridiques. Mais jusqu'où s'étend ce devoir de l'État ? L'expérience montre partout l'existence de restrictions légales de la liberté, qui ne se déduisent pas du seul point de vue de l'individu, et que l'État par conséquent ne serait pas autorisé à poser, s'il avait uniquement la mission de laisser la liberté subjective se réaliser. Ce serait perdre son temps que de démontrer encore que l'on ne peut contester à l'État le droit d'empiéter sur la sphère de la liberté individuelle au moyens de certaines restrictions. Seulement quelle est l'étendue de ce droit ? L'État peut-il ériger en loi tout ce qui lui paraît bon, moral, opportun ? Alors ce droit n'a plus de limites; le droit de la personnalité que nous avons revendiqué plus haut, est remis en question; la liberté que l'État lui reconnaît n'a plus alors que le caractère d'une pure concession, d'un don. Malgré la forme pompeuse qu'elle se plait à revêtir, malgré ces grands mots de bien du peuple, de poursuite de principes objectifs, de loi morale, etc., la notion de l'omnipotence de l'État, absorbant tout et créant tout de lui-même, n'est et ne reste que le vrai produit de l'arbitraire, la théorie du despotisme, peu importe qu'elle soit appliquée par une assemblée populaire ou par un monarque absolu.

Admettre pareille théorie, c'est pour l'individu une trahison envers lui-même et sa destination, un suicide moral! La personnalité, avec son droit à la libre activité créatrice, n'est pas moins *par la grâce de Dieu* que l'État. Ce n'est pas seulement un droit, mais un devoir sacré pour l'individu, de revendiquer et d'exercer cette activité. Mais en même temps la personnalité n'existe pas seulement pour elle seule. Elle est un membre d'un organisme moral plus élevé, dont l'existence ne repose pas moins que la sienne sur l'institution divine, et qui a reçu également sa mission de Dieu : l'État. Tous deux se limitent l'un l'autre, mais ils ne s'excluent pas. Ils ne tiennent pas leurs droits l'un de l'autre; l'État ne tient pas ses droits de l'indi-

vidu, ainsi que l'enseignait autrefois la théorie du droit naturel, pas plus que l'individu ne tient ses droits de l'État !

La mission morale de l'État ! Ce mot élastique ne reconnaît-il pas à l'État la garde et le soin de la religion, de la morale, du bien-être, de l'éducation artistique et scientifique, etc., en un mot, de tout ce que le peuple peut être et devenir, avoir et donner ? Certes ; mais tout dépend de la manière dont l'État entend accomplir cette mission. Ceci nous ramène à un point que nous avons déjà rencontré. L'État peut comprendre sa mission de telle manière qu'il croit devoir lui-même, comme pouvoir public, poursuivre ce but suprême de la vie sociale, par la force, au moyen de dispositions positives ; c'est là contre que proteste le principe de la liberté personnelle, parce que celle-ci se voit ainsi *contrainte* à un travail dont l'exécution *libre* est précisément sa mission à elle, et son honneur — c'est notre système de la contrainte. A ce système est opposé celui qui a été défini ci-dessus, celui de la liberté. Ici l'État se borne à rendre *possibles* et à *faciliter* ces buts ; il en laisse la poursuite même au libre mouvement de l'esprit moral et à l'activité propre de l'intelligence nationale et individuelle. Dans ce système l'idée de l'État et l'idée de la liberté sont à l'unisson. Il réalise donc l'idéal absolu que tout peuple doit chercher à atteindre.

Ces explications avaient pour but de démontrer l'imperfection du régime de la contrainte. Mais ce qui n'est pas parfait peut être relativement légitime; et tel est ici le cas. Tout peuple n'est pas mûr pour la liberté; sans cette maturité le système, de la liberté n'a aucune légitimité morale. Il en est, sous ce rapport, des peuples comme des individus; eux aussi ont besoin de la discipline dans leurs années de minorité. La discipline se retrouve précisément dans la contrainte. Grâce à un sentiment instinctif de leur faiblesse et de leurs besoins, certains peuples, loin de considérer ce système comme un fardeau, le trouvent chose naturelle et nécessaire. *Leur sentiment juridique ne dépasse pas la limite de leurs forces,* et ne pourrait comprendre la légitimité du système opposé ; les peuples orientaux en sont là : la notion

de la liberté personnelle prenant sa racine dans le sujet lui-même ne s'est jamais révélée à eux, elle leur paraîtrait même une abomination dans plusieurs de ses applications, par exemple en matière religieuse.

En critiquant et en repoussant le système de la contrainte, nous avons justifié le système opposé. Il faut cependant quant à ce dernier, ajouter une observation.

Nous avons essayé d'établir que c'est précisément la véritable moralité qui réclame la liberté; cela ne signifie point que partout où ce système se montre dans l'histoire, il ait procédé d'une conception morale respectable. Il peut, au contraire, être le résultat d'une appréciation toute opposée, et n'être que l'expression de la grossièreté, de l'abaissement et du dévergondage moral. L'homme moral désire la liberté, parce qu'il souhaite de faire le bien *de son propre mouvement,* le méchant, parce qu'il veut pouvoir se livrer sans obstacles à ses penchants mauvais. Celui-ci hait la contrainte parce qu'elle le force *à l'ordre et au bien,* celui-là, parce qu'elle l'y *force.* Le système de la liberté se trouve donc dans la phase la moins avancée de la civilisation et de la moralité, comme dans la période la plus brillante. C'est un large cadre, où peut s'enchâsser le tableau le plus changeant; celui de la grossièreté morale, de l'ignorance politique, de l'insouciance économique, — celui d'un admirable développement moral, politique et économique. Dans l'un et l'autre cas les principes moraux et les idées élevées ne sont pas visibles dans les lois : dans l'un cas, parce qu'ils *manquent* au peuple; dans l'autre, parce qu'ils *n'ont pas besoin* de l'aide de la loi. Autant dans le premier cas le régime de la liberté est inférieur à celui de la contrainte, autant dans le second sa supériorité sur l'autre système, est grande. — C'est une échelle dont le premier échelon est l'arbitraire et la barbarie, celui du milieu la discipline et la contrainte, et dont la vraie liberté forme le degré le plus élevé.

L'élévation du degré moral peut donc varier beaucoup dans le système de la liberté. C'est à l'histoire à le découvrir dans

chaque cas particulier. Pour y parvenir elle devra prendre en considération le caractère, la civilisation, les idées religieuses et morales du peuple et avant tout ses *usages* ([174]). Ces derniers ont une importance infiniment plus grande que dans le système de la contrainte, ainsi que nous le verrons à l'occasion du droit romain ancien. Les *usages* de Rome antique nous serviront de commentaire du *droit* romain antique. Ils nous donneront la conviction que ce n'est point la grossièreté, la barbarie ou l'indifférentisme moral, mais un sentiment de liberté, vif, fortement développé, ayant pleine conscience de sa responsabilité morale, qui cherchait sa satisfaction dans les institutions de l'ancien droit.

SECTION 2. — *Système romain.*

A. *Position de l'individu.*

SECTION 1. — *La liberté et le pouvoir : buts de la volonté subjective.*

Soif de domination des Romains en général. — Liberté politique et personnelle. — Liberté juridique abstraite de l'individu et sa dépendance effective. — Les usages et la puissance de l'opinion publique à Rome. — Système de l'autonomie juridique privée dans sès diverses parties.

Tu regere imperio populos Romane memento.

35. L'idée du pouvoir et de la liberté est la source primitive psychologique du caractère romain. Elle maintint l'énergie des

---

([174]) On voit par là combien il est faux de conclure que parce que ces principes n'ont pas pris la forme de lois ou de règles du droit, ils seraient restés étrangers au peuple ou du moins qu'ils n'auraient pas été reconnus comme il le fallait par lui. C'est sur cette conclusion défectueuse que reposent tant de jugements erronés sur le prétendu caractère immoral du droit romain ancien.

individus comme celle de l'État dans une tension constante et la développa jusqu'au plus haut degré. Sa réalisation est l'objet le plus important de l'histoire romaine.

Dans son aspect extérieur la soif de domination des Romains n'a rien de séduisant. Des restes sanglants, des ruines et des cadavres marquent le chemin qu'elle a parcouru. La moëlle des peuples écrasés souille le char de triomphe de la grandeur romaine. On ne peut voiler cette sombre perspective : mais l'on doit bien se garder de se laisser égarer par un jugement injuste, de laisser échapper le côté *moral* de la soif de domination des Romains. L'amour de la domination n'est pas absolument illégitime en morale. Il ne l'est que lorsqu'il ne procède point d'une mission interne pour la domination, lorsqu'il anime des âmes basses qui manquent de la force morale qu'il suppose, lorsque la domination n'est pas recherchée pour elle-même, mais seulement comme un moyen de satisfaire l'avidité, la vanité, le caprice, etc. Il y a aussi un amour du pouvoir moralement légitime, l'amour du pouvoir pour lui-même; amour capable de tous les sacrifices et de tous les efforts, et qui procède du sentiment d'une mission de domination. Celui qui se sent animé d'une force morale extraordinaire, cherche à l'exercer : et la soif du pouvoir n'est plus que la voix intérieure qui appelle à l'accomplissement d'une mission.

Telle était la soif du pouvoir des Romains avant qu'elle dégénérât. Ce n'était pas l'avidité qui leur rendait le pouvoir précieux à leur époque la plus belle : une possession conquise sans peines ne les eût nullement satisfaits. Pour eux se vérifiait ce que Lessing dit de la recherche de la vérité : « Le charme n'est » pas dans le but, dans la possession assurée, mais dans la voie » pour y parvenir, dans la recherche et l'effort pour y atteindre. » La tension extrême des forces, l'essai de leurs propres forces contre les obstacles extérieurs, le danger, la lutte comme telle, la mise en œuvre de la puissante énergie qui fermentait en eux, et cherchait une issue, était pour eux, on peut le dire, un besoin, une nécessité naturelle. Les *jeux* mêmes, à Rome, de-

vaient servir à ce but; l'excitation et la tension que le danger crée, même chez le simple spectateur, en faisaient le charme principal. Mais cette dépense d'énergie n'était pas une expansion sauvage, semblable à l'action aveugle des forces de la nature : la force romaine suivait des voies réglées. Elle poursuivait avec une énergie toujours égale un but déterminé : donner à l'État romain la domination du monde. Les Romains voyaient dans cette domination non une usurpation, mais un droit fondé sur leur supériorité morale, la mission particulière de Rome, dans la poursuite de laquelle ils étaient certains du consentement et de l'aide des dieux. L'histoire romaine montre, par de nombreux et glorieux exemples, combien cet amour du pouvoir éleva l'égoïsme romain au-dessus des basses et vulgaires préoccupations de l'égoïsme *individuel*, comment il le détacha des jouissances de la vie purement matérielle pour le porter aux plus nobles aspirations, quelle somme de vertus, d'abnégation, d'amour de la patrie, de constance, de bravoure, de noble fierté, etc., il produisit; en un mot, quel élan moral il donna à tout le caractère des Romains. Si la soif de domination des Romains doit être nommée un défaut, il n'y a jamais eu de défaut qui soit devenu une source aussi féconde de vertus nationales et d'actions éclatantes ([175]).

Le droit nous fournit l'occasion d'observer l'amour du pouvoir sur son véritable terrain. Pas de domaine, en effet, qui fût plus complètement le sien, où il pût, sans effusion de sang, célébrer plus de triomphes. Les manifestations de l'amour des Romains pour le pouvoir et la liberté sont bien connues, et je n'insisterai pas ici sur ce point. On connait par exemple la part que la constitution romaine accordait au citoyen dans l'administration de l'État, dans le pouvoir législatif, dans la juridic-

([175]) Je rappelle ici le jugement porté par St. Augustin sur l'orgueil et l'ambition des Romains (I, 357) : *pro isto uno vitio... multa alia vitia comprimentes.*

tion criminelle, dans le choix des fonctionnaires ([176]), même dans l'administration de la police, au moyen des *actiones populares,* on connait, en un mot, tout le *selfgovernment* républicain des Romains. On connait aussi la large extension du principe de la liberté personnelle, à Rome. Je ne parle pas des conséquences de ce principe dont les Romains eux-mêmes n'avaient pas conscience; une restriction dans cet ordre d'idées, par exemple dans la liberté du choix d'une profession, leur paraissait chose impossible. Je ne veux énumérer que celles que les Romains eux-mêmes considèrent comme des garanties précieuses de la liberté personnelle. Ce sont notamment : la liberté que vers la fin de la République on laissait jusqu'au jugement ([177]), au prévenu contre lequel se poursuivait une instruction, tandis que l'époque ancienne n'hésitait pas à s'assurer de sa personne, par la détention préventive, même lorsqu'il offrait de fournir caution ([178]); la protection contre l'arbitraire

([176]) Je m'en tiens encore avec une pleine conviction à l'ancienne opinion que c'était le peuple qui choisissait les fonctionnaires, tandis qu'une opinion nouvelle attribue la prépondérance au fonctionnaire dirigeant les comices électoraux, lequel (après avoir pris l'avis du peuple) aurait nommé les nouveaux fonctionnaires. L'appui que trouve cette opinion dans l'expression employée par le magistrat président : *creare* (dont l'alternative est, comme on sait, *renunciare*), est très faible : on sait que les Romains employaient également pour le plaignant qui avait mené à bonne fin sa plainte, l'expression : *damnare,* (BRISSON, de voc. ac form. : *Damnare,* § 3), et pour le consul qui avait présenté un sénatusconsulte, celle de : *sctum facere,* v. par exemple, TITE-LIVE, XLII, 9.

([177]) CIC., pro Balbo, c. 13. V. plus haut, p. 59, note 58.

([178]) V. contre l'opinion contraire de plusieurs auteurs, HEINZE, *Gerichtssaal,* 1871, livr. 2, p. 137-148. La détention préventive était possible, bien que non prescrite, dans l'ancien droit. Mais elle pouvait, lorsqu'elle avait été ordonnée, être levée par l'intercession d'un tribun, ou se changer, lorsque le fonctionnaire y consentait, en mise en liberté sous caution. Elle ne se conciliait pas bien avec le droit d'expatriation laissé au prévenu (SALLUST. Catil. 51). C'était une innovation de l'époque postérieure,

des fonctionnaires, qui était garantie de la façon la plus étendue par le droit de provocation à l'assemblée du peuple (179), par l'appel aux tribuns et aux magistrats supérieurs, et par la responsabilité très-sérieusement entendue des fonctionnaires. Vient ensuite l'influence déterminante que l'idée de la dignité du citoyen romain a exercée sur le droit criminel, par exemple l'abolition de la torture (180), des peines corporelles et des peines capitales cruelles (181), et une série d'autres institutions non moins précieuses (182). Au reste, ce principe de la liberté

et il est par conséquent facile de comprendre, que bien que non légalement abrogée, la détention préventive devint, en pratique, de la plus extrême rareté. GEIB, *Gesch.*, (Hist. de la procédure criminelle à Rome), p. 119, 120.

(179) CIC. de orat., II, 48... *patronam illam civitatis ac vindicem libertatis.* TITE-LIVE, III, 55 : *unicum praesidium libertatis.* Je rappelle en outre le maximum de la *multa* fixé pour les fonctionnaires. GELL., XI, 1.

(180) GEIB, p. 138 s.

(181) TITE-LIVE, X, 9. CIC. in VERR., II, V, c. 54, 57, pro Rabirio, c. 4, 5 : *carnifex vero et obductio capitis et nomen ipsum crucis absit non modo a corpore civium Rom., sed etiam a cogitatione, oculis, auribus. Harum enim omnium rerum non solum eventus atque perpessio,* SED ETIAM CONDITIO, EXSPECTATIO MENTIS IPSA DENIQUE INDIGNA CIVE ROMANO ATQUE HOMINE LIBERO EST.

(182) Par exemple le principe de la *quarta accusatio*, (GEIB, p. 116 s. et LANGE, *Die oskische Insch...* [l'inscription osque de la Tabula Bantina et les tribunaux populaires de Rome], p. 65-86), en tant qu'il donnait, d'une part, au prévenu l'occasion de gagner l'opinion publique en sa faveur, et que, d'autre part, il laissait à la passion momentanément excitée du peuple le temps de se calmer; et ensuite le principe que les déclarations des esclaves n'étaient pas reçues contre leurs maîtres. (GEIB, p. 142). La tendance décidée de l'époque postérieure (on ne peut en dire autant de la loi des XII tables) vers des peines douces (PLATNER, quaest. de jure crim. Rom., p-75, 82), est signalée avec orgueil par les Romains eux-mêmes, par exemple par TITE-LIVE, I, 28 : *nulli gentium mitiores placuisse poenas,* CIC. pro Rabir., c.3... *vestram libertatem non acerbitate suppliciorum infestam, sed lenitate legum munitam esse voluerunt.*

personnelle n'acquit que dans le cours du temps l'extension qu'il avait vers la fin de la République, et qui excédait presque la juste mesure. L'époque postérieure avec ses idées abstraites de liberté et d'égalité, rappelle les temps modernes ; l'époque ancienne était beaucoup plus modérée, plus mesurée et plus pratique. Sa liberté était un produit vraiment historique, né de motifs pratiques, conquis laborieusement et par lambeaux. Ce qui l'avait fait éclore, ce n'était pas la notion scolastique de la liberté, mais la pression des circonstances. Elle n'était pas, pourrait-on dire, tant une notion, qu'une *somme* de droits isolés particulièrement importants. Aussi présentait-elle des lacunes et des inconséquences apparentes. Ce caractère pratique de la liberté se manifestait par sa facilité à se plier aux circonstances. En cas de nécessité la liberté pouvait être momentanément suspendue ([183]). Ce qui est très-significatif aussi pour l'organisation particulière du sentiment de la liberté ancienne, c'est sa compatibilité avec la censure, une institution qui nous serait tout-à-fait insupportable aujourd'hui, avec nos idées actuelles sur la liberté personnelle ([184]). Ce que nous en disons se révèle encore dans une espèce de liberté qui dans l'histoire moderne joue un si grand rôle : la liberté religieuse. Si tolérante ou si indifférente que fût la politique romaine envers les cultes des peuples soumis, si complaisamment même que les Romains aient donné une place au Capitole à tous les dieux de l'empire, ils n'en ignoraient pas moins entièrement l'idée de la liberté religieuse abstraite, à cause du caractère de leur religion comme religion d'État. Ils n'envisageaient

([183]) Nomination d'un dictateur, *SCtum : videant consules, ne quid detrimenti capiat republica.*

([184]) Que l'on se rappelle (p. 51), que le censeur pouvait demander compte, par exemple, de négligences dans la culture, d'abus économiques, de luxe, et de dépenses exagérées, fautes contre lesquelles, à la fin du VIe siècle, lorsque le pouvoir du censeur ne suffisait plus, la législation se sentit forcée d'entrer en campagne, au moyen des célèbres *leges sumtuariae.*

pas, comme nous, la conversion à une autre religion, comme un acte et un droit de nécessité religieuse : elle entraînait une déchéance du caractère romain. Sans en former un délit particulier, sans faire attention à des cas isolés, on intervenait cependant au nom de l'État lorsque les cas se multipliaient et que le mal prenait des proportions générales ([185]). Cette intervention ne choquait aucun Romain. Personne, à Rome, n'y voyait une atteinte portée à la *liberté religieuse*, et l'on n'aurait pu comprendre que l'on pût donner, en matière religieuse comme ailleurs, au principe de la liberté une extension dont l'intérêt de l'État pût souffrir. Je crois que la raison pour laquelle les Romains s'inquiétaient peu de cette espèce de liberté, est que la liberté religieuse ne se révèle à la conscience que par l'oppression. Or, l'oppression resta étrangère aux institutions religieuses des Romains. Il n'était pas question à Rome de la contrainte la plus dure qui puisse exister, de la contrainte en matière de foi, ni d'inquisition, ni de tribunaux d'inquisition (dont on retrouve des traces jusque dans l'antiquité); la *foi* était libre : l'obligation au culte extérieur, aux *sacra*, était plutôt une charge d'intérêt patrimonial qu'une nécessité religieuse. Il n'est pas étonnant que les Romains se soient contentés pendant tant de siècles de cette liberté religieuse illimitée, et que l'impiété des temps postérieurs ait pu s'en accommoder. Ce fut le christianisme qui amena la chûte du système ancien.

Occupons-nous maintenant du *droit privé*.

L'idée d'autorité était un prisme au travers duquel le droit ancien considérait la vie individuelle sous toutes ses faces : Le droit ancien ne possédait d'autre notion : il l'appliquait

([185]) Cela entrait dans les attributions du sénat qui en chargeait le cas échéant les fonctionnaires. VALER. MAX, I, 3, de peregrina religione rejecta. TITE-LIVE, IV, 30 : *datum inde negotium aedilibus, ut animadverterent, ne qui nisi Romani dii neu quo alio more quam patrio colerentur*, XXV, 1, XXXIX, 13 s.

à toutes les manifestations de la vie individuelle, si peu même qu'elle pût s'y rapporter, eu égard à leur véritable signification et à leur but dans la vie générale; par exemple : au mariage, au rapport du père vis-à-vis des enfants. Ce serait cependant une erreur de conclure de là que les Romains aient envisagé ces actes de la vie individuelle, comme ne créant que des rapports purement juridiques, qu'ils ne leur aient reconnu une destination supérieure, allant au delà du droit, qu'ils aient considéré tout le reste de leur objet comme indifférent ou superflu. L'autorité était l'élément juridique spécifique dont la découverte et la détermination attiraient seules l'attention de l'analyse juridique. Le chimiste, dont les recherches tendent à la découverte d'un élément tout-à-fait déterminé d'un corps, n'a pas à s'inquiéter de son utilité ni de sa destination : le juriste non plus, ne peut ni ne doit se livrer à de semblables écarts dans la poursuite de sa tâche. Il se borne, s'il m'est permis de m'exprimer ainsi, à déterminer combien pour cent de matière juridique est contenu dans certains rapports isolés. D'autres éléments sont souvent mélangés, dans des proportions très-diverses, à cette matière juridique. Celle-ci forme un élément tantôt très insignifiant, tantôt prépondérant, tantôt unique du rapport ([186]). La recherche juridique doit se borner uniquement à la découverte de cette matière. Plus elle la rencontre pure, plus par conséquent elle en désagrège les éléments non juridiques, et plus elle résoud parfaitement sa tâche. Ce serait verser dans une erreur que de trouver de la partialité dans cette réserve imposée par la nature des choses. Ce n'est pas nier l'importance de ces éléments non juridiques, de l'élément moral, économique, politique, etc., que ne pas s'y étendre là où il n'y a pas lieu de les analyser. L'on peut et l'on doit les examiner à leur véritable place : c'est une des tâches capitales de toute

([186]) Comparez par ex. le mariage et l'obligation, et en ce qui concerne les personnes juridiques, une association de missionnaires et une société commerciale, etc.

exposition historique du droit de bien approfondir ces éléments, pour atteindre à la connaissance parfaite du droit.

Lorsque le droit ancien place le criterium juridique spécifique des rapports juridiques dans l'idée d'autorité, il est, je crois, entièrement dans le vrai. Force de volonté, autorité, voilà l'objet de tout rapport juridique dépouillé de ses parties accessoires et ramené à son noyau juridique : les différences des rapports juridiques sont des différences d'autorité. Le point caractéristique des rapports juridiques de l'ancien droit ne peut donc pas être cherché dans cette considération que ce sont de purs rapports d'autorité, — cela reviendrait à dire que les Romains les ont conçus juridiquement. Leur caractéristique gît plutôt dans la somme d'autorité qu'ils donnent, dans cette circonstance que cette autorité est une puissance absolue, presque illimitée. A ce point de vue ils se ressemblent tous, quelque différence qu'ils puissent offrir pour le reste. On pourrait, au fond, désigner ces rapports juridiques comme des formes vides, abstraites, qui attendent leur contenu de la volonté subjective. Ils prendraient donc, dans chaque cas particulier de leur création, un aspect différent, tantôt grossier, répugnant au point de vue moral, tantôt attrayant et satisfaisant à toutes les exigences de la morale. Tout dépend ainsi du but que la vie romaine leur a assigné; sans la solution de cette question, il est impossible de juger de ces rapports.

L'on croit souvent cette étude inutile : on prononce une condamnation morale contre le système romain tout entier. On se laisse dominer par cette idée fixe qu'un abus de cette autorité était juridiquement possible, que pareil abus ne froissait donc nullement les Romains. Et l'on conclut involontairement de la possibilité *juridique* d'un abus, à sa possibilité *réelle*, à sa réalité, sans réfléchir que beaucoup de choses, qui d'après le droit *peuvent* arriver, ne sont pas réalisables en fait ([187]). C'est ainsi

([187]) Combien de temps ne s'écoula-t-il pas avant que la *lex Canuleia*

que les Romains et la moralité romaine finissent par apparaître sous un jour tout autre que ce qu'ils étaient en réalité. Que le lecteur me permette de rendre cette erreur plus sensible au moyen d'une comparaison. Ces formes abstraites du droit ne donnent pas l'*image* des institutions, telles qu'elles existaient réellement dans la vie; elles n'en représentent que la simple *silhouette.* L'abstraction juridique ne trace que les *contours juridiques* des diverses relations de la vie; elle ne doit ni ne peut faire plus, ainsi que nous l'avons vu plus haut. Autant la silhouette diffère du portrait, autant cette ombre juridique diffère d'une image vraie de la vie romaine. Ici, ni couleur, ni lumière, ni ombre; toute l'expression de physionomie des institutions fait défaut; si on se les représentait ainsi dans la réalité, dépourvues d'âme, d'expression, privées de vie, assurément notre répugnance pour un pareil système serait parfaitement fondée. Mais une pareille appréciation nous exposerait à la raillerie d'un Romain. Pour lui, cette silhouette présentait un sens complet. Le tableau qu'il se faisait de ces institutions, et qu'il puisait dans l'aspect de la vie réelle, était complètement autre, offrait une foule de nuances et de traits caractéristiques que nous avons l'habitude de négliger. Nous ne remarquons rien, dans la théorie juridique, des nombreuses *restrictions* de la puissance subjective, des *conditions* spéciales dont dépendait l'exercice de certains droits, non *de jure,* mais *de facto :* le Romain au contraire en avait la vision claire et nette. Cette liberté abstraite du droit rencontrait, en fait, dans la vie romaine, sa mesure exacte et son terme. Aussi longtemps qu'elle se maintenait dans la voie juste, tant qu'elle servait à un usage *raisonnable*, elle ne se heurtait à aucune résistance;

---

qui permettait les mariages entre patriciens et plébéiens fût devenue une vérité ! Pas une patricienne ne donna sa main à un plébéien; et lorsque le fait arrivait, les nobles compagnes de sa caste l'excluaient des *sacra.* Tite-Live, X, 23.

dès qu'elle abandonnait cette voie et dégénérait en abus, elle rencontrait la résistance de toutes parts : il se présentait des obstacles, des considérations, des influences, étrangers au droit, mais non moins doués d'une grande force. Il importe peu, au point de vue du résultat, que la contrainte naisse d'une disposition légale, ou de toute autre force qui ne se laisse pas davantage braver, par exemple l'opinion publique, les idées dominantes d'honneur. Il n'est pas nécessaire que tout ce qui doit être omis soit expressément défendu par la loi ; les usages peuvent avoir le même effet que la loi. Il y a même des rapports et des époques, où les usages exercent une puissance bien plus grande que la loi ([188]) : telle était l'époque dont nous nous occupons ici. C'est précisément dans le système de la liberté que les usages paraissent avoir le plus d'empire ; ou pour parler plus exactement, le système de la liberté n'est viable, dans le cours des temps, que lorsque les usages sont assez forts pour remplacer la contrainte légale. Principalement chez les peuples chez lesquels ce système a reçu le plus complet développement, les usages forment un contrepoids rigoureux, exercent un tempérament, une autorité souvent despotique ([189]). Les usages sont le correctif spontané de la liberté. Là où ils ne sont pas fortement développés et bien organisés, là où l'opinion publique ne sait pas ériger *en point d'honneur* l'usage *digne* de la liberté, et l'*imposer*, la liberté ne prospèrera jamais.

Les moyens dont disposaient les mœurs à Rome étaient singulièrement efficaces. J'ai parlé précédemment de la censure (p. 50 s.). Il faut y ajouter l'infamie, la condamnation morale de l'opinion publique, aggravée par la perte de tous les droits politiques ([190]), et aussi le droit, qui appartenait au peuple, de

([188]) TACITE a dit : *Plusque valent ibi boni mores, quam alibi bonae leges.*

([189]) Par ex. en Angleterre, dans l'Amérique du Nord où cela a été remarqué souvent par maints apôtres de la liberté abstraite, avec un étonnement naïf et à leur grand déplaisir.

([190]) C'est pour ce motif que CICÉRON, pro Roscio, c. 6... nomme la ques-

choisir les employés. Chez nous, celui qui a rompu avec l'opinion publique peut parvenir à la puissance et à l'influence; à Rome, à l'époque ancienne, cela était impossible. Celui qui, dans sa vie privée ou dans sa conduite publique, s'était placé au-dessus de l'opinion publique, était perdu. En présence de la publicité qui pénétrait toute la vie romaine, de l'activité des adversaires et des concurrents, tout individu qui à Rome briguait un emploi public, devait s'attendre à voir tout son passé mis à nu et livré à la critique du peuple. Quelles espérances pouvait encore concevoir celui qui s'était rendu indigne de la faveur populaire? La brutalité et la cruauté envers la femme, les enfants, les esclaves, la dureté envers les débiteurs devenus insolvables à la suite de malheurs ([191]), en un mot les actions qui, en droit, étaient absolument permises, mais que la conscience du peuple condamnait, que les mœurs défendaient, plaidaient sévèrement contre le solliciteur. Que dire des tribunaux populaires! Que l'on se souvienne de ce que nous avons dit (p. 46) de l'influence qu'exerçaient ici la personnalité du prévenu et les dispositions du peuple à son égard. Il ne fallait pas qu'il eût commis un délit proprement dit pour le traduire devant ce juge; ce sort pouvait atteindre même celui qui au point de vue du droit formel était entièrement dans son droit, par exemple celui qui avait fait de sa *patria potestas* un usage injustifiable ([192]).

---

tion d'infamie une question d'existence : *Summae existimationis et poene dicam capitis causa,* pro Quint., c. 8, *capitis causa.*

([191]) L'agitation et la colère pour ces motifs, dans le peuple, alla plusieurs fois jusqu'à l'émeute. TITE-LIVE, II, 23, 27, VIII, 28. GELLIUS, XXI, § 52, dit en parlant de l'ancienne exécution personnelle : *Saevitia ista poenae contemni quita non est.*

([192]) Des cas flagrants de cette espèce pouvaient exaspérer le peuple à un tel point qu'il n'attendait pas même jusqu'au jour du jugement pour donner libre carrière à ses sentiments. V. par ex. SENECA de Clementia, I, c. 14 : *Erixonem equitem Romanum memoria nostra, quia filium suum flagellis occiderat, populus in foro graphiis confodit. Vix illum Augusti Caesaris auctoritas infestis tam patrum, quam filiorum manibus eripuit.*

Que lui servait-il de se prévaloir de son droit abstrait, lorsque le peuple, conscience vivante de l'idée juridique, jugeait qu'il s'était servi de son droit d'une manière qui répugnait à l'esprit de ce droit ? Son tort et sa culpabilité consistaient à s'être mis au-dessus des mœurs et du jugement moral, à avoir, en s'isolant dans le point de vue restreint de son droit personnel, oublié les égards dus à la communauté qui lui accordait la protection de ce droit.

Ces considérations restreignent d'une manière étrange la liberté abstraite du droit privé, ou pour parler plus exactement, elles lui enlèvent son caractère contre-nature qu'un examen superficiel rend si choquant. Mille barrières, mille conditions, mille réserves, non moins efficaces que si la loi elle-même les avait établies, viennent ainsi se grouper dans le cadre vide de la liberté abstraite.

La force énergique des usages, le censeur, les comices électoraux, les tribunaux populaires, la vie romaine toute entière avec toutes ses puissances de fait forment le nombre à soustraire, généralement perdu de vue, du droit abstrait, et nous n'avons qu'à faire le calcul pour obtenir un résultat pratique très satisfaisant. Ce résultat, le voici : la puissance absolue n'est confiée à l'individu que pour qu'il en fasse un usage *juste,* et non un usage purement *arbitraire.* Mais l'État ne défend l'abus qu'en tant qu'il est absolument condamnable : il ne réprime que les manifestations de la puissance subjective qui ne peuvent être tolérées à aucun point de vue, quelles que soient les conditions dans lesquelles elles se produisent (193). Il passe sous silence celles qui ne peuvent être qualifiées d'abus que d'une manière *hypo-*

(193) Comme exemples de pareilles restrictions, il y a la destitution de l'administration de leur patrimoine comminée contre les dissipateurs, la défense faite au père de vendre plus de trois fois son fils, le maximum du taux de l'intérêt, etc.

thétique ([194]). Pour les défendre, la loi devrait entrer dans des suppositions et des possibilités à perte de vue, et courrait toujours le danger, tantôt de dépasser le but, tantôt de rester en deça. Un jugement exact sur ce point ne peut être porté que dans un cas *concret,* et reste ainsi abandonné à l'appréciation individuelle. Un abus de cette confiance accordée à l'individu n'est pas, à la vérité, empêché ou puni par la loi. A la place de la lettre morte de la loi, se place ici la loi vivante qui se plie entièrement à l'espèce concrète, c'est-à-dire le censeur, le peuple, et comme nous le verrons plus loin par rapport aux puissances de la famille : la famille.

J'en conviens, la liberté individuelle ne peut avoir eu cet aspect dès son origine. Mais peu importe : toujours est-il qu'à l'époque florissante de la république, déjà, elle revêt ce caractère de modération, et comporte cette justification morale. En traitant de la puissance domestique, une de ses émanations principales, nous aurons l'occasion de démontrer combien, dans son aspect pratique, elle s'écartait de la formule juridique abstraite. Prenons un exemple : il vient à l'appui d'une assertion émise antérieurement ; la *patria potestas,* pour le Romain, n'était pas le droit strict, immoral dans sa rigueur, de vendre ses enfants, de les déshériter, de les tuer, etc. ; il ne comportait qu'un pouvoir d'*éducation :* le milieu social où la vie se déroulait, limitait et tempérait l'autorité suprême du père. Il y a plus : au point de vue de l'appréciation commune des choses, l'élément juridique et l'élément moral se confondaient intimement. Il y avait rarement lieu, dans le cours ordinaire de la

([194]) Par ex. les menaces de mort contre le fils de la part du père, la dissolution du mariage par le fait du mari. Ces faits peuvent être absolument justifiés ou absolument inexcusables, en premier lieu : lorsque le fils a commis un crime capital, ou que la femme a brisé la foi conjugale ; en second lieu : lorsqu'ils ne sont justifiés par aucune raison ou par des raisons insuffisantes.

vie, de faire une distinction rigoureuse entre ces deux éléments, et l'homme étranger au droit pouvait, à l'occasion de certaines dispositions particulières, se demander qui les avait dictées, le droit ou les usages? C'est ce que prouve à toute évidence l'institution du tribunal de famille. La nature mixte de cette création est incontestable. Elle a embarrassé bien des historiens dans leurs tentatives, avortées d'avance, de vouloir traiter et résoudre *juridiquement*, c'est-à-dire comme questions de droit, tout ce qui se rattachait à cette institution.

Le caractère distinctif des rapports de l'ancien droit privé n'est donc point d'avoir été envisagés comme des *rapports d'autorité*. Notre science actuelle place également dans l'idée d'autorité l'essence pratique du droit (195). Ces rapports se distinguent plutôt par la *somme de leur contenu d'autorité*.

L'ancien droit se basait sur le principe de la volonté subjective (§ 10-15). D'après ce principe, l'individu est lui-même le fondement et la source de son droit : il est son propre législateur (αὐτὸς νόμος). Ses actes de disposition ont, dans la sphère de son pouvoir, le même caractère que ceux du peuple dans la sienne. De part et d'autre ce sont des *leges* : là des *leges privatae*, ici des *leges publicae* ; mais il y a identité complète sous le rapport du fondement juridique. Pour tout ce qui concerne sa maison et ses intérêts privés, le chef de famille possède le même pouvoir législatif et judiciaire que le peuple en ce qui intéresse la généralité des citoyens. L'idée qui fait la base du droit privé ancien est l'idée d'*autonomie*. La *lex publica* n'apporte de restrictions au domaine de la législation privée que là où l'intérêt de tous le commande impérieusement. Comparées à celles du droit postérieur, ces restrictions sont de peu d'importance; il fallut des siècles pour anéantir l'ancienne conception, et pour dissiper la crainte qui en procédait, de restreindre la liberté privée.

(195) Je le prouverai plus loin § 41.

L'idée d'une autorité souveraine domine toutes les institutions du droit privé ancien. La puissance du chef de la famille sur les êtres qui la composent : femme, enfants et esclaves, celle du créancier sur son débiteur, celle du propriétaire sur son bien, surtout lorsqu'il en dispose par testament ; tout est empreint d'un caractère identique : un pouvoir presqu'illimité. La puissance domestique seule exige un exposé approfondi (§ 36, 37); les autres rapports ne donneront lieu qu'à quelques courtes explications.

Quant au *droit héréditaire,* j'ai reproduit plus haut (note 67), la disposition de la loi des XII tables qui reconnaissait une liberté illimitée au testateur. « Ce qu'il aura disposé, sera de droit. » Pareille disposition, l'histoire le prouve, n'exista chez aucun peuple, ni avant Rome, ni après. Qui pourrait nier qu'elle ne pût devenir, pour la famille, la source de la plus révoltante injustice. Mais de cette possibilité abstraite à la réalité, il y avait loin. Malgré la liberté la plus absolue de tester, l'esprit de famille, lorsqu'il est sainement et vigoureusement développé, maintient cependant la fortune dans son milieu naturel, la famille. De nombreux témoignages nous ont été conservés qui attestent combien cette tendance à conserver le patrimoine à la famille, c'est-à-dire à la descendance masculine, était propre à l'esprit romain ([196]). La liberté de disposer de ses biens comme il l'entendait, reconnue au détenteur momentané du patrimoine de la famille, était, en somme, plus favorable à celui-ci, qu'elle ne lui était funeste : le père déshéritait le fils dissipateur ou dissolu, il se bornait à lui assigner les moyens d'existence nécessaires, tandis qu'il transmettait

([196]) J'en citerai comme exemples la tutelle des femmes, la restriction de la succession testamentaire et ab intestat des femmes, ainsi que la fixation de la hauteur des legs, la *cura prodigi,* l'intervention des censeurs. (Ils chassèrent par ex. C. Antonius du Sénat parce qu'il avait aliéné son domaine, à cause de ses dettes. Ascon. ad orat. de toga cand. Orell. p. 84).

l'ensemble du patrimoine à un autre fils, dont il pouvait attendre qu'il conserverait et accroîtrait le bien-être, l'honneur, et le lustre de la famille ([197]). Cela, la morale romaine ne le permettait pas seulement, elle le *voulait!* La forme du testament présentait une autre garantie. Aussi longtemps que le contenu du testament, même écrit, dut être révélé devant des témoins, ceux-ci qui, on doit le supposer, étaient régulièrement les proches du testateur, purent par leurs observations, par leurs avis, le détourner de prendre des dispositions défavorables.

Le propriétaire a, entre vifs, la même liberté de disposer de ses biens, que dans le testament ([198]). Il n'y a point de matière où l'idée du pouvoir absolu sur la chose se soit traduite avec autant de rigueur que dans la propriété romaine. C'est un pouvoir absolu, aussi bien en ce qui concerne les moyens de protéger la propriété (*reivindicatio*), qu'en ce qui concerne le *contenu* de la propriété. Certes, ce contenu a dû, quant aux choses immobilières, se plier à certaines nécessités pratiques. Ainsi il est des choses que le propriétaire foncier doit souffrir, ou dont il doit s'abstenir, dans l'intérêt de ses voisins. Si cependant l'on considérait le fonds (ce qu'il n'est pas) comme une chose n'ayant aucune corrélation avec les fonds voisins (telles se montrent les choses mobilières), il y aurait une contradiction entre cette situation du propriétaire, et l'idée abstraite de son pouvoir. Mais cela n'infirme en rien ce que j'avance ([199]), et

---

([197]) VAL. MAX., 3, 5, § 2 : *quem* NIMIA PATRIS INDULGENTIA *heredem reliquerat. Dolenter enim,* ajoute-t-il, *homines ferebant, pecuniam,* QUAE FABIAE GENTIS SPLENDORI SERVIRE DEBEBAT, *flagitiis disjici.*

([198]) RUDORFF, *Schriften...* (Écrits des agrimenseurs romains), II, 302 s., admet qu'à l'époque la plus antique les choses immobilières étaient inaliénables. Je reviendrai sur ce point dans le tome troisième.

([199]) Je me suis expliqué ailleurs sur cette différence résultant de la nature des choses entre l'esprit de la propriété pour les choses mobilières et immobilières. *Jahrbücher...* VI, p. 83 s.; Sur la garantie de la liberté de la propriété foncière contre le danger d'impositions excessives, v. § 38.

l'idée de la liberté absolue de la propriété privée, ou d'une manière plus générale, le principe de l'autonomie illimitée sur le terrain du commerce juridique, se vérifie dans les applications suivantes :

1. *Dans le droit absolu d'aliéner la propriété.* Le droit ancien ignore complètement cette institution hybride qui tient le milieu entre la propriété et l'usufruit, créée par les interdictions légales d'aliéner, cette paralysie de tout un côté de la propriété, qui laisse bien au propriétaire le droit de jouir et de revendiquer, mais qui lui enlève celui de disposer. Nul ne peut attaquer une aliénation faite par le propriétaire, ni les créanciers, ni les héritiers les plus proches. Nul ne peut la défendre ni l'entraver, pas même l'autorité. Il eût été monstrueux aux yeux des Romains de reconnaître quelqu'un comme propriétaire, et de déclarer en même temps nul un acte qu'il aurait fait en cette qualité. La seule interdiction d'aliéner connue dans l'ancien droit, la défense de consacrer une chose litigieuse au temple (200), entraînait des peines, mais non la nullité. Les seules personnes auxquelles il fût interdit d'aliéner, étaient les personnes sous tutelle; mais dans ce cas, ce n'était pas la propriété qui était restreinte, c'étaient les personnes qui se trouvaient diminuées dans leurs droits. La tutelle donnait ainsi le moyen juridique de lier les mains au dissipateur qui n'avait pas écouté l'avertissement du censeur. Mais le droit ancien n'eût jamais pu concevoir un empiètement partiel de l'idée de tutelle sur la liberté de la propriété, tel qu'en contient par exemple la défense d'aliéner le *fundus dotalis*, ou le fidéicommis de famille. Celui qui était propriétaire, l'était complétement et sans obstacle de la part de la loi. L'abus de son droit était réprimé par d'autres moyens que des prohibitions; l'*alienatio in fraudem creditorum* par exemple, pouvait entraîner l'exécution personnelle; et ce ne fut que lorsque celle-ci eut perdu

(200) L. 3, de litig. (**44**, 6).

son caractère terrifiant qu'une *actio Pauliana* devint nécessaire.

2. *La divisibilité illimitée de la propriété foncière* est aussi une application du principe de la liberté absolue d'aliéner les choses immobilières. Elle ne fut jamais, que nous sachions, restreinte par les lois de Rome. Il ne serait pas impossible cependant que l'institution du registre du cens ait exclu un morcellement des fonds originairement inscrits comme ensembles : du moins on expliquerait ainsi comment les anciens lots de 7 *jugera* ont pu se maintenir jusque dans l'époque postérieure (201).

3. Au droit absolu d'aliéner correspond, d'autre part, la *faculté illimitée d'acquérir*. On chercherait vainement, à Rome, des restrictions à la capacité personnelle d'acquérir. Le commerce et l'industrie ignoraient ces monopoles et ces jurandes qui ont fleuri en si grand nombre sur notre sol national : chacun exerçait le métier pour lequel il se sentait du goût et des capacités. La seule exception à ma connaissance, dans l'époque postérieure, fut l'interdiction du commerce pour les sénateurs.

L'on a vu parfois l'État se préoccuper d'assurer à chaque profession ses sources de gain : dans son désir incessant d'éteindre les causes du paupérisme, il lui est arrivé d'enlever à l'individu des droits nés avec lui, en exigeant, avant qu'il puisse contracter mariage, ou se choisir une résidence, qu'il justifie de ses moyens d'existence. Mais cette tutelle de l'État, ne pouvait se concilier avec le sentiment romain de l'indépendance personnelle. L'État romain, lui aussi, cherchait à remédier à la pauvreté, mais autrement qu'en restreignant la liberté personnelle (§ 39). Point de restrictions artificielles non plus, en ce qui concerne les

(201) Suivant l'explication de ROSSBACH, *Unters...* (Recherches sur le mariage romain), p. 429 : « même après la mort du père, il arrivait souvent » aux fils avec leurs familles de rester réunis pour cultiver en com- » mun le bien patrimonial. » Mais cette explication ne suffit pas : un rapport de communauté pareil pouvait se maintenir tout au plus pendant deux ou trois générations, jamais pendant des siècles.

choses. Nul fidéicommis de famille chargé de conserver le bien de la famille : celle-ci n'y parvenait que par sa propre activité et ses propres efforts. Nulle organisation féodale monopolisant la possession du sol entre les mains d'une caste privilégiée ; chacun pouvait acquérir chaque chose. Il n'y avait que ce qui appartenait à la communauté ou aux dieux qui fût soustrait à la possession privée (*res extra commercium*).

Dans deux circonstances seulement, l'ancien droit a enfreint le principe de la liberté absolue du commerce juridique. Il le fit une première fois dans la loi *Licinia Sextia* de l'an 387 de Rome, édictée dans l'intérêt du petit cultivateur libre, pour arrêter l'accroissement des grandes exploitations agricoles (202).Cette loi contenait trois dispositions restrictives ; la première établissait la mesure de 500 *jugera* comme maximum du terrain, aussi bien de l'*ager privatus* que de l'*ager publicus*, dont la possession pouvait être réunie dans une seule main, mais, bien entendu, sans enlever le caractère juridique à la possession d'une plus grande quantité. Celle-ci était défendue, mais non punie, ni rendue juridiquement impossible. Cette défense était, en langage moderne, une mesure de police, qui laissait intacts les principes du droit, le principe de la propriété (203). La deuxième et la troisième disposition concernaient le maximum du bétail qu'il était permis d'élever, et le nombre d'ouvriers libres qu'il était permis d'employer, indépendamment des esclaves.

La seconde restriction se rapportait au commerce de l'argent : elle réprimait l'usure. Ce fut le problème dont la législation et l'administration romaines cherchèrent la solution pendant des siècles, sans pouvoir atteindre leur but. Le côté sérieux, l'importance de cette question sociale et politique ont déjà été signalés plus haut (p. 72). Il est sans intérêt pour nous de sui-

(202) Huschke. Sur Varron de L. L. V. 38. Rudorff, *Röm. Rechtsg...* (Hist. du droit rom.), I, § 15.

(203) Dans le langage des Romains, c'était une *lex minus quam perfecta.*

vre l'histoire des restrictions du taux de l'intérêt à Rome. Mais il importe de faire remarquer que ces restrictions n'avaient que le caractère de mesures de police, ne pouvant altérer légalement le principe de la libre autonomie. Ainsi la promesse d'intérêts, même au-dessus du taux légal, était juridiquement valable et exigible en justice, mais une peine frappait celui qui avait enfreint la loi [204].

Pour le surplus, l'idée de l'autorité et de la puissance privée se déploya, en matière d'obligations, notamment dans la dette antique, avec la plus extrême raideur et la plus rigoureuse sévérité.

Par une suite logique de la nature personnelle de l'obligation, le pouvoir du créancier atteignait uniquement la personne du débiteur. Son patrimoine restait sauf, mais sa personne était toute entière exposée. L'exécution de la dette, c'était l'anéantissement de la personnalité du débiteur : de sa personnalité *juridique*, lorsqu'il n'y avait qu'un seul créancier (vente à l'étranger comme esclave), de sa personnalité *physique*, lorsqu'il y en avait plusieurs (*in partes secare*, d'après la loi des XII tables, c'est-à-dire dissection du débiteur). Ces deux moyens d'exécution donnaient aux créanciers l'occasion d'une vengeance terrible, cela ne souffre aucun doute, mais ils n'avaient cependant pour but immédiat que d'amener le débiteur et les membres de sa famille à payer. Si, grâce à son patrimoine, le débiteur jouissait d'une certaine indépendance vis-à-vis de son créancier, celui-ci n'avait guères de moyens directs pour empêcher les aliénations (doleuses) de la part de son débiteur : il était donc nécessaire qu'il fût indirectement garanti contre de pareilles fraudes. Le créancier ne pouvant arracher le paiement à un débiteur récalcitrant, force fut de lui procurer un moyen efficace pour agir sur sa volonté.

---

(204) *Manus injectio* tendant au quadruple (T. IV § 62) et accusation publique pour usure. Tite-Live, X, 23.

Les machinations perfides et frauduleuses pratiquées au détriment des créanciers, qui aujourd'hui peuvent si rarement être déjouées, retombaient sur le débiteur lui-même, d'après l'ancien système romain d'exécution. Le débiteur ne pouvait, si son créancier ne le voulait, échapper à la peine qu'il avait encourue.

Il est vrai que la même peine pouvait atteindre un innocent que des malheurs avaient rendu insolvable. Mais, encore une fois, il ne faut pas s'effrayer de cette possibilité purement abstraite. Les choses ne se passaient pas dans la vie comme elles se montrent en droit pur. D'après les Romains eux-mêmes, il n'y eut jamais un seul cas de pareille dissection d'un débiteur (205). Est-ce à dire qu'il n'y avait là qu'un simple épouvantail? Assurément non! Le débiteur qui, dans la persuasion que ses créanciers n'auraient pas osé exécuter sur lui une peine aussi inhumaine, les aurait bravés, et aurait retenu devers lui les moyens de les payer, eût bientôt appris le contraire à ses dépens. Les créanciers ne devaient pas l'écarteler de suite; ils pouvaient essayer d'abord quelle impression ferait sur lui la section d'un de ses membres, de ses oreilles, de son nez, etc. : « *Si plus minusve secuerit, sine fraude esto!* Avant qu'on n'en vint aux bras et aux jambes, l'opiniâtreté du débiteur était certainement brisée, son avoir caché était mis au jour, ou bien la compassion de ses

(205) Gell., XX, 1. *Nihil profecto immitius, nihil immanius, nisi, ut re ipsa apparet, eo consilio tanta immanitas poenae denunciata est, ne ad eam unquam perveniretur... dissectum esse antiquitus neminem equidem neque legi, neque audivi.* (Paroles attribuées à Africain). Mais vouloir nier la portée de la dissection du débiteur inscrite dans la loi elle-même, et rapporter les mots : *in partes secare,* au partage de son patrimoine, c'est non-seulement contredire ouvertement les renseignements fournis par les Romains, ainsi que tout le système de la loi (ainsi que l'a bien démontré le philologue E. Hoffman, *Das gesetz...* [La loi des XII tables] Vienne, 1866, p. 631-66), mais c'est montrer ouvertement que l'on n'a pas saisi les motifs pratiques et psychologiques qui portaient le droit à réclamer contre le débiteur une rigueur aussi extrême.

parents et de ses amis lui venait en aide. Lorsque ce résultat n'était pas atteint, c'était une preuve qu'il n'y avait rien à espérer d'un pareil débiteur, et alors la crainte de la colère du peuple pouvait encore fort bien détourner les créanciers d'exercer la « question criminelle », comme on pourrait nommer cette espèce d'exécution. Il en était de même de la vente à l'étranger. Très-efficace lorsqu'il s'agissait d'effrayer un débiteur solvable mais récalcitrant, elle devait en réalité être souvent appliquée en cas d'insolvabilité *coupable*. La pitié du créancier, l'assistance des parents, des amis, etc., devaient, dans ce cas, intervenir aussi rarement, qu'elles devaient se produire régulièrement en faveur d'un insolvable *non-coupable*. Non point qu'il s'agisse de peindre le sort de ce dernier sous des couleurs riantes ; en effet, la perspective du danger qui le menaçait le mettait entièrement entre les mains de son créancier, et personne, pas même le plus chaud admirateur des Romains, ne s'avisera de soutenir qu'ils aient usé d'un pareil pouvoir avec ménagement et humanité. On conçoit, au contraire, que le créancier arrachait au débiteur le peu qu'il possédait et gagnait ([206]), qu'il l'obligeait même à des services personnels ([207]). Mais ce n'était point là une *suite* de l'exé-

([206]) Il est souvent question dans TITE-LIVE de pareille saisie, nulle *en droit,* mais efficace *en fait,* de la fortune du débiteur, notamment à l'égard d'absents. V. par ex. II, 24... *ne quis militis, donec in castris esset, bona possideret aut venderet.*

([207]) Soit à des services particuliers momentanés qui n'affectaient point sa liberté, soit à un état permanent de servitude qui suspendait l'exercice des droits politiques. VARRO de re rust. 1, 17, dit, qu'outre les esclaves, on employait à l'agriculture des personnes libres, payées à la journée, ou : *ii quos obaeratos* (*al. obaerarios,* non des condamnés, des adjugés, mais des débiteurs obérés) *nostri vocitaverunt et etiam nunc sunt in Asia atque Aegypto et in Illyrico complures.* VARRO, L. L. 7, 5, § 105 : *Liber qui suas operas* IN SERVITUTE *pro pecunia quadam debebat, dum solveret,* NEXUS *vocatur ut ab aere obaeratus.* On prenait aussi les enfants des débiteurs à leur place, TITE-LIVE, II, 24... *neve liberos nepotesve moraretur,*

cution : on agissait ainsi *avant* d'en arriver à celle-ci et pour la prévenir.

Section 2. — *La puissance domestique.*

La maison est un asile. — Occlusion et concentration de la maison romaine. — Les trois puissances de la maison domestique (sur les esclaves, les enfants, et les femmes). — Leur contenu juridique abstrait. — Aspect extérieur de l'esclavage dans la vie romaine.

> *Quid est sanctius, quid omni religione munitius quam domus unius cujusque civium ? Hic arae sunt, hic foci, hic dii penates, hic sacra, religiones, ceremoniae continentur.*
>
> Cic. pro domo, c. 4.

36. La maison domestique, au point de vue de la puissance du droit privé, joue un rôle des plus importants. Elle est son

---

VIII, 28 : *cum ob aes alienum paternum se nexum dedisset* et *liberumque suorum respectu.* Il y a une certaine analogie extérieure entre cet état *permanent* de servitude, fondé sur une *convention* faite pour prévenir l'exécution (convention qu'il ne faut pas confondre, au surplus, avec la mancipation de soi-même), et l'enchaînement *passager* du débiteur, *sans obligation* de servir, qui se rencontre dans l'ancienne procédure exécutoire. On retrouve, en effet, ici, les chaînes de la loi des XII tables. Mais au fond il y a une différence radicale. La convention dont il s'agit ici s'appuyait sur le *jus paciscendi* légalement reconnu. La *lex Pœtelia Papiria* (Tite-Live, VIII, 28) abolit le *nexum* dans ce sens (mais il fut conservé pour le cas de dette liquide). Les termes : *bona debitoris, non corpus obnoxium esset,* dans Tite-Live, ne doivent pas être entendus de l'exécution, mais de ce *jus paciscendi;* il pouvait avoir pour objet la fortune du débiteur mais non sa personne. Lorsque, depuis cette loi, des débiteurs cherchaient à payer leurs dettes au moyen de services rendus à leur créancier, ce que personne ne pouvait les empêcher de faire, ils restaient libres, conservaient la jouissance de leurs droits politiques, et pouvaient, si le créancier les traitait mal, cesser à tout instant leurs prestations de services. Burchardi, *Lehrbuch.* (Cours de droit romain) 2ᵉ part. § 129 en arrive à la même opinion.

siége primitif, son territoire d'origine : c'est pour ce motif que la coutume romaine voulait, dans la célébration du mariage, que la femme fût conduite au domicile du mari *(deductio in domum)* ([208]). Elle conserve toujours, même lorsque la puissance domestique s'est étendue bien loin au delà de ses étroites limites, un caractère tout spécial aux yeux de ceux qui ont quelque rapport avec le patrimoine qu'elle renferme. Dans cette communauté de personnes et de choses renfermées dans le même espace, les choses mêmes, affectées à l'existence personnelle immédiate, et à la vie de la famille, acquièrent une signification morale, qui ferait complètement défaut au patrimoine détaché de ce cadre extérieur ([209]).

([208]) L. 5 i. f. de R. N. (23-2)... *deductione enim opus esse in mariti, non in uxoris domum, quasi in* DOMICILIUM *matrimonii.*

([209]) Ne pourrait-on, par hasard, voir dans cette idée la base de l'antithèse des deux expressions : *familia* et *pecunia,* au moyen desquelles l'ancien droit désigne le patrimoine ? La source étymologique de *familia* est la maison (note 221) ; *pecunia* vient de *pecus,* la plus ancienne valeur mobilière, de là encore *peculatus*, c'est-à-dire l'appropriation du bétail donné comme *multa,* et *peculium :* originairement le petit bétail des esclaves (I, 243), plus tard le patrimoine de fait des personnes soumises à la puissance domestique, lequel ne pouvait être caractérisé que comme valeur, comme *pecunia*, et non comme base domestique de leur existence, comme *familia.* Le mot *pecunia,* et non *familia,* est également employé pour désigner le patrimoine du peuple, car il n'a rien de commun avec la maison et la puissance domestiques, il n'est aussi qu'une valeur. Dans le droit anglais, l'animal domestique est pareillement devenu le point de départ étymologique et historique d'une sphère spéciale du patrimoine (*cattels real* et *personal*, de *catalla*, *chattels*, animaux domestiques, effets mobiliers) par opposition à la propriété foncière (*freehold*). GUNDERMANN, *Engl. Privatr.* (Droit privé anglais, I, 146). Dans le droit russe ancien les contributions envers l'État (*Obrok,* littéralement : aliments) commencent par la prestation naturelle en bétail, puis en fourrures, etc., remplacés plus tard par l'argent, tandis que le nom reste. EWERS, *Das ält. Recht*... (Le droit russe le plus ancien), Dorpat, 1826, p. 36-38. On a

Parmi ces choses, la maison elle-même occupe la place la plus éminente. Un sentiment naturel rattache à la maison l'idée d'une paix spéciale qui doit y régner : c'est l'asile qui protége l'habitant contre le monde extérieur. Nulle part la personnalité ne sent plus vivement les lésions dont elle est l'objet; plus ces atteintes troublent la paix qu'elle y recherche, plus l'injure est cruellement ressentie (210), c'est dans la maison que les désirs de spontanéité et d'indépendance, que le monde extérieur refuse si souvent d'accomplir, cherchent et réclament impérieusement leur satisfaction. Dans cet état d'isolement quant à l'espace, avivé par le sentiment naturel de l'amour de soi-même, le sentiment de la *personnalité juridique* est tout particulièrement éveillé et alerte. C'est un des dangers les plus graves résultant des circonstances sociales et économiques dans lesquelles nous vivons, que la possession d'une maison en propre et habitée seul soit plutôt l'exception que la règle, non-seulement dans la classe ouvrière, mais même dans la classe aisée de toutes les grandes villes : — la maison propre est une partie du caractère de l'homme.

L'idée de la paix de la maison a trouvé son expression dans l'inviolabilité légalement reconnue du domicile : mainte législ-

voulu ramener l'idée de la *familia* aux *famuli*. (V. BETHMANN HOLLWEG, *Der Civil process*... [La procédure civile du droit commun], I, p. 136). Mais on peut opposer que dans cette double désignation du patrimoine, l'élément le plus important précisément : la maison, aurait été négligé. V. dans la disposition de CONSTANTIN, L. 22, Cod. de adm. tut. (5-37), une reconnaissance pratique ou législative de l'importance éthique de la maison domestique (de la maison romaine y compris les esclaves). Cette disposition interdit au tuteur la vente de la *familia* dans le sens ci-dessus, elle lui permet celle de la *pecunia*.

(210) De là la manière dont les dispositions du droit postérieur, concernant le meurtre du complice de la femme adultère, insistent sur le domicile, Collat. leg Mos., 4, 12, § 1.. *domi suae vel generi sui deprehensum*, § 6, *ita demum si eum domi suae deprehendat*.

lation a consacré ce principe, et il en fut de même dans l'ancien droit romain. A Rome, la chose était envisagée encore sous un autre point de vue; la maison romaine était un lieu saint dans le sens propre, c'est-à-dire religieux; elle avait le caractère d'un asile protégé par la religion. La maison romaine n'était pas seulement habitée par des hommes; les dieux y résidaient; elle était le temple de Vesta et le siége des pénates. Arracher violemment à son domicile le chef de la maison, leur prêtre, eût été une offense envers eux-mêmes. Le *fas* aussi bien que le *jus* le défendaient (211). Il y a plus : il était douteux que l'on pût citer quelqu'un en justice, dans sa maison, même sans employer aucune violence.

Les visites domiciliaires cependant ne paraissent pas avoir répugné aux Romains. Non-seulement dans la procédure des *quaestiones perpetuae* appartenant à la troisième période, l'accusateur public avait le droit d'y procéder dans tous les cas (212) où il présumait l'existence de documents relevants, et de livres domestiques dont la possession était déniée, mais la loi des XII tables elle-même cite un cas particulier où la visite domiciliaire est autorisée; c'est lorsqu'il s'agit de rechercher des objets volés (213). La loi n'avait pas prévu l'opposition du pré-

(211) Le *Fas :* V. CICERON pro domo c. 41 : *Hoc perfugium est ita sanctum, ut inde abripi neminem* FAS *sit.* Le *jus :* V. L. 18 de in jus voc. (2-4). *Plerique putaverunt nullum de domo sua in jus vocari licere, quia domus tutissimum cuique refugium atque receptaculum sit eumque, qui inde in jus vocaret, vim inferre videri.* L. 21 ibid. *Sed etsi qui domi est interdum vocari in jus potest, tamen de domo sua nemo extrahi debet.*

(212) GEIB, *Gesch...* (Histoire de la procédure crimin. de Rome), p. 354. Les exemples sont de l'époque de CICERON, mais rien n'indique qu'il en ait été autrement auparavant.

(213) GAIUS, III, 186 s. La loi en connaissait deux formes : la forme moderne ou non solennelle dans laquelle l'investigateur était revêtu de ses habits, et qui entrainait la peine du *triplum* lorsque la recherche avait abouti à la découverte des choses volées (*act. furti concepti;* v. GAIUS,

venu à la visite domiciliaire. Peut-on dire que dans l'intention de la loi cette résistance devait être écartée par l'emploi de la force ? Une pareille irruption violente dans le domicile présente quelque chose de hautement choquant. L'édit du Préteur l'évitait en considérant l'opposant comme en aveu et en le punissant de la peine capitale (214). Il est probable qu'il ne fît en cela, comme dans la théorie du *furtum* en général (215), que se rallier à une ancienne pratique. Je ne rechercherai pas si l'on en venait à des mesures de contrainte lorsque, dans la procédure criminelle, l'accusation publique rencontrait une résistance, ou si la peine comminée contre celui qui résistait (216), était le moyen

§ 186, 191), et une forme très antique, génante pour l'investigateur, dans laquelle il devait opérer nu, ceint d'un tablier de cuir et muni d'une écuelle (III, § 53) (*per licium et lancem*), et qui entrainait la peine du *quadruplum ;* Gaius, § 192, 193. Cette forme date probablement de l'époque primitive des peuples indo-germaniques, car elle se retrouve non-seulement chez les Grecs, mais aussi chez les peuples du Nord. J. Grimm dans la Revue historique de Savigny, II, p. 91. Elle doit être née sous une zône tropicale, car elle n'aurait jamais pu naître dans le Groenland ou l'Islande. En Norwége la ceinture aurait été remplacée par une chemise (Grimm, *l. c.*). Elle offre une indication intéressante pour élucider la question du siége originaire des peuples de la famille indo-germanique. Le prévenu pouvait réclamer la forme ancienne, mais on cherchait à l'en dissuader en attachant à la forme moderne une peine plus douce. Cette dernière forme était, pour ainsi dire, une proposition d'accommodement qu'il pouvait repousser sans s'exposer à l'*act. furti prohibiti,* tandis qu'il s'y exposait lorsqu'il s'opposait à ce qui était pour les deux parties de droit rigoureux. Rien d'étonnant du reste, que Gaius qui n'avait pas sous les yeux cette progression historique, ait trouvé : *tota lex ridicula.*

(214) Gaius, III, 192.

(215) Par exemple Gaius, III, 190, 191, *l. cit.*

(216) Peine dépendant du plein pouvoir de l'accusateur, (Geib, *l. c.,* p. 285).

unique mais assurément efficace (217) de briser sa résistance (218).

A l'occlusion *extérieure* de la maison, qui en assurait la paix contre tout trouble et toute violence, correspondait sa concentration *intérieure* : l'indépendance du gouvernement de la famille obtenue par l'exclusion de toute influence ou de tout pouvoir qui étaient de nature à menacer le repos et la paix domestiques. Point de contestations juridiques dans la maison romaine (219) : la justice n'a rien à y voir, le chef de famille exerce lui-même la justice (220).

La maison romaine avec tout ce qu'elle contient : la *familia,* (221) est un monde fermé dont la conduite et la direction appartiennent exclusivement au chef suprême, au *paterfami-*

---

(217) Cic. in Verr., 4, 66... *Ille contradicere.. quid multa? nisi vehementius homini minatus essem, nisi legis* SANCTIONEM POENAMQUE *recitassem, tabularum mihi potestas facta non esset.*

(218) V. dans *Apulée,* Met. lib. 9, i. f. (éd. Bip., I, 222), un exemple de l'emploi de moyens de contrainte tiré de l'époque postérieure... *obstinate denegantem. Immissis itaque lictoribus ceterisque publicis ministeriis.*

(219) *Intra domum inter te ac filios tuos, si quae controversiae oriuntur, terminari,* L. 4, Cod. de pat. pot., (8-47).

(220) Le δίκαιον οἰκονομικόν des Grecs. Trendelenburg, *Naturr.* (Droit naturel), 2e éd., p. 301.

(221) *Familia,* dans le sens général, désigne la maison domestique dans son ensemble. Dans un sens plus restreint, ce mot désigne le patrimoine seul (par exemple *familiae erciscundae judicium, ex familia Cassia.* Tite-Live, II, 8, 15, 41), ou la famille seule. V. dans Rossbach, *Untersuch...* (Recherches sur le mariage romain), p. 14, l'étymologie exacte du mot. (Sanscrit : *dhâ* poser, *dhâman* siége, demeure, maison ; changement du *dh* en *f,* comme dans *fera :* de θήρ). *Familia* désigne donc la société domestique, l'état de la maison, *familiaris* et *famulus* se rapportent aux habitants et aux amis de la maison. Le grec a de même les expressions οἶκος, signifiant la maison et en second lieu le patrimoine ou bien la famille ; οἰκέται la femme, les enfants, les esclaves.— On emploie dans le même sens que *familia : domus, res mea.* Tite-Live, XXII, 53, énumère ces trois expressions en rapportant une formule imprécatoire ajoutée à un serment.

lias, et dont les rapports avec le monde extérieur sont réglés par lui seul. Aucune des personnes soumises à son autorité ne peut paraître en justice soit comme demandeur soit comme défendeur ; c'est lui qui fait valoir les droits qu'elles ont acquis contre des tiers, c'est lui qui poursuit la réparation des injustices qu'on leur a faites; c'est lui encore, d'autre part, qui prend à son compte les attaques dirigées contre elles. Diverses expressions chez les Romains désignaient cette puissance. Ils disaient par exemple en se rapportant à *domus : dominus, dominium* ([222]); puis *herus* ([223]), — expressions qui désignent plutôt le côté de fait, la propriété; *potestas*, employé surtout pour indiquer le côté personnel c'est-à-dire le rapport entre le chef

([222]) Par exemple dans la L. 195, § 2, de V. S. (50-16). *paterfamilias, qui in* DOMO DOMINIUM *habet.* ENNIUS dans CIC. de off. 1, 39 : *O, domus antiqua, heu, quam dispari dominare domino; nec domo dominus, sed domino domus honestanda :* de finib. I. 18 : *nec in discordia dominorum domus.* J'hésiterais cependant à faire dériver *dominus* de *domus,* parce que d'après FESTUS : *Dubenus apud antiquos dicebatur, qui nunc dominus,* mais je m'incline devant l'autorité de Freund dans son lexique. L'étymologie de BALLHORN-ROSEN, *Zur Vorgesch...* (Histoire primitive du D. R.), p. 105 s. (δῶ, δόμενος, dare sc. thura, vinum, exta, victimam, etc., = sacrifier, *dominus* = le sacrificateur) rappelle l'explication d'*opus :* miel (*opus apium*). On pourrait tout aussi bien faire de *dominus* celui qui écrit, qui donne des conseils, qui inflige des peines (*dare sc. literas, consilium, poenas*). On conçoit aisément qu'avec une méthode pareille cet auteur ait pu se proposer, comme il semble l'avoir fait, de revêtir tout l'ancien droit d'une apparence de religiosité et d'enrichir la langue latine d'une quantité de mots signifiant *sacrifier,* suffisante pour défier tout un millier d'autres langues. Un exemple frappant de sa grécomanie en étymologie nous est fourni par le mot *amicus* qui suivant lui, viendrait de ἅμα οἶκος : familier de la maison. Il ne reste plus après cela qu'à faire dériver *amo :* j'aime, d'*amicus !*

([223]) Dans PLAUTE les esclaves donnent toujours à leur maître, le nom de *herus;* on le trouve aussi dans la *lex Aquilia,* (L. 11, § 6, ad leg. Aq. 9-2); il est très rarement employé pour désigner le mari. CATULLE, LXXXI, 116.

suprême et ses subordonnés (224), particulièrement en ce qui concernait les enfants (*patria potestas*) et les esclaves. Mais ce terme embrassait aussi les autres rapports de puissance sur les personnes et les choses (225). Nous avons enfin l'expression *manus*, et dans ce mot, à moins que toutes les apparences ne trompent, se retrouve l'expression originaire pour désigner l'ensemble de la puissance du chef de la maison sur sa *familia*, personnes et choses. Plus tard, il est vrai, cette expression, dans son usage technique, s'est restreinte à un seul côté de la puissance domestique, à la puissance maritale (226). Mais sa signification générale primitive se reflète encore très-clairement dans les composés que l'usage linguistique nouveau a conservés pour désigner les autres rapports de puissance : *emancipare* (pour les enfants), *manumittere* (pour les esclaves), et *mancipium*. Cette unité d'expressions suppose l'unité originaire des idées et je ne suis pas le premier à admettre (227) que les diverses formes des rapports absolus de puissance : la propriété des choses et des esclaves, la puissance maritale et paternelle, ne sont que les développements d'une seule et même idée primitive, parvenus en fin de compte à former des idées distinctes et indépendantes.

---

(224) L'étymologie l'indique aussi. Potis désigne celui qui nourrit (*potus* la boisson), de la δεσπότης le maître, *potis esse*, *posse*, avoir la force, pouvoir.

(225) Par exemple la fortune (employé dans ce sens dans la *lex Atinia* sur l'usucapion des *res furtivae : in potestatem reverti*. L. 4, § 6, de usurp., (**44**-3), la tutelle (*vis ac potestas in capite libero*, § 1, I. de tutel. (**1**-13), la puissance maritale (*in potestatem viri cedit*. Serv. ad Aen., 4, 103). V. Rossbach, *l. c.*, p. 28.

(226) Dans l'usage ordinaire de la vie elle se rencontrait encore dans sa généralité originaire. V. les passages cités par Rossbach, *l. c.*

(227) Le mérite d'avoir le premier et avec énergie établi cette opinion, revient à J. Christiansen, *Die Wissenschaft*... (La science de l'histoire du droit romain), t. 1, p. 136 s. Rossbach, *l. c.*, p. 10, 41 a défendu la même opinion sans paraître connaître son prédécesseur.

Manus et *familia* étaient corrélatifs. *Familia* désignait le domaine de la puissance, *manus* le symbole et l'instrument du pouvoir, la puissance elle-même ; à elles deux ces expressions embrassaient tout ce qui se trouvait dans la maison : personnes et choses, êtres libres et esclaves. Les personnes de ces deux catégories étaient *alieni juris :* le chef de la famille n'avait pas seulement droit sur elles, mais il les avait elles-mêmes en son pouvoir, avec tout ce qu'elles étaient, ce qu'elles avaient, produisaient ou gagnaient. Dans cette subordination absolue à sa volonté, elles étaient toutes égales entre elles : c'est là précisément ce qu'exprimait le terme *manus.* S'il nous était donné de pénétrer plus profondément du regard dans l'histoire du développement de la propriété romaine, nous pourrions probablement, non-seulement poser, mais encore résoudre affirmativement la question de savoir si la *manus* dans la procédure (*manum conserere* et *asserere*), et les *res mancipi* ainsi que la *mancipatio,* n'étaient pas des fragments du système antique de la *manus* ([228]). Cette puissance étendue du chef de famille n'a, du reste, rien de spécifiquement romain : ce qu'il y a de romain en elle, c'est qu'elle s'est maintenue à Rome plus longtemps qu'ailleurs dans sa forme et dans sa vigueur originaires. Elle est plutôt une émanation d'idées patriarcales remontant à la plus haute antiquité. On la rencontre encore dans d'autres législations, particulièrement dans le droit germanique ancien, où elle a avec la puissance domestique romaine une si incontestable identité que l'on doit y voir un reste de la communauté juridique originaire des peuples indo-germaniques ([229]).

([228]) Je reviendrai sur cette question à l'occasion de l'histoire de la propriété. (IIIe partie).

([229]) A la *manus* romaine, répond en fait et d'après l'étymologie, le mot allemand *munt*, *mundium :* main; tous deux ont eu originairement la même signification et le même objet. J. Grimm, *deutsche Rechtsalth....* (Antiquités du droit allemand), p. 447 : « Le mariage fondé sur le *mun-*

L'identité originaire de l'idée de puissance ne suppose nullement que les différences résultant nécessairement de la nature propre des objets aient dû être ignorées. On pouvait avoir plusieurs esclaves, plusieurs enfants, mais non plusieurs femmes : un esclave pouvait avoir plusieurs maîtres, mais un enfant ne pouvait avoir plusieurs pères ; la propriété sur les esclaves et la *manus* sur la femme naissaient par *usus*, mais l'*usus* ne pouvait jamais créer la puissance paternelle : on pouvait léguer des esclaves, mais non la femme ni l'enfant. La connaissance de ces différences devait amener la conviction que, en dehors de l'idée générale de la puissance absolue, celle-ci pouvait, selon les différents objets auxquelles elle s'appliquait, se présenter sous des aspects divers. Il en est ainsi déjà pour les branches que nous venons de parcourir : la propriété, la puissance paternelle, et le pouvoir marital. La puissance du maître sur l'esclave était subordonnée à l'idée de propriété, mais l'assimilation entre l'esclave et la chose, résultant de cette subordination ne pouvait nullement être poussée jusqu'au bout (230). A ces trois rapports de puissance, sur la femme, sur les enfants et sur les esclaves, venait s'ajouter le *mancipium*, comme rapport de puissance temporaire, et par cela même, restreint d'une façon particulière.

L'on a cru parfois rencontrer l'expression du rapport originaire que je viens de développer, en disant que le droit ancien a conçu la puissance du père de famille sur la femme et les enfants également au point de vue de la propriété. C'est une erreur qui a sa source dans l'idée peu nette qu'on se faisait de la nature de ce rapport. Rien ne démontre que l'idée de la propriété ait précédé historiquement celle de la puissance domes-

» *dium* du mari a tous les effets de la *conventio in manum* à Rome. » p. 450 : « De son *mundium* sur la femme découlaient encore d'autres » droits, il pouvait la châtier, la vendre, la tuer, comme ses domestiques » et ses enfants. »

(230) Par exemple pour le *statuliber*, v. plus loin.

tique, et en soit le prototype. L'analogie qui existe entre les deux idées résulte non de ce que l'une se soit formée à l'image de l'autre, mais de ce que toutes deux procèdent d'une idée fondamentale commune. Si pour justifier cette idée l'on invoque que la loi des XII tables, dans la disposition *uti legassit super pecunia tutelave suae rei*, a compris sous les mots *sua res*, les enfants et la femme, on peut objecter qu'on pourrait en dire autant aujourd'hui des mots : les *miens*, *mes* enfants, etc., que nous employons tous les jours.

Parmi les objets de la propriété il en est qui se trouvent dans la relation la plus étroite avec la famille romaine, dans une espèce de rapport de service, puisqu'ils lui assurent sa base matérielle : tels sont la maison et la ferme, ou les forces nécessaires pour le travail : tels sont les esclaves et les animaux. Une destination fixe, une nécessité indispensable pour la famille romaine, sont des éléments communs à ces objets et aux personnes libres de la maison : point de famille régulière sans les uns et les autres; sans eux point d'économie domestique bien entendue.

Il en est d'autres au contraire qui quelque nécessaires qu'ils soient, par exemple les provisions du ménage, ne sont pas cependant des éléments constitutifs de la maison; ils ne coopèrent pas au *travail* et par suite aussi, n'ont aucun intérêt individuel. Cette antithèse est celle connue entre les *res mancipi* et *nec mancipi*. Nous rechercherons ailleurs quelles sont les conséquences juridiques qui découlent de cette distinction. Pour le moment, il suffit d'avoir indiqué le rapport des *res mancipi* avec la famille romaine.

Détachons les esclaves de l'ensemble de ces objets formant la *familia*, et étudions les sous le rapport de la *potestas* ou puissance du chef de famille. Chez les esclaves nous trouvons réunies les deux idées de propriété et de puissance, c'est-à-dire de pouvoir sur des êtres raisonnables : ce pouvoir sur les esclaves, la puissance *dominicale*, a conservé avec le plus de pureté le caractère originaire de la puissance du chef de famille. C'est ce qui

nous amène à les étudier tout d'abord. Nous nous occuperons ensuite de la puissance sur les enfants, ou de la puissance *paternelle.* La puissance *maritale,* la *manus* dans le sens étroit, qui s'est le plus écartée du point de départ originaire, sera analysée en dernier lieu. Tel est l'ordre que nous suivrons. Nous parlerons du *mancipium* à l'occasion de la puissance paternelle : comme institution pratique, il ne se rencontre plus que là, à l'époque postérieure; comme acte apparent, au contraire, il eut toujours, ainsi que nous le verrons plus tard, une grande importance.

1. *La puissance dominicale sur les esclaves.*

Dans chacun des rapports de puissance que nous venons d'indiquer, se distinguent le côté personnel, et le côté d'intérêt purement matériel. Ce dernier se reproduit partout de la même manière : la personne sous puissance acquiert tout pour le chef de la famille; elle ne possède rien en propre. Elle n'est, en quelque sorte, en droit, qu'une machine au service du maître. Cet effet, entièrement indépendant de la volonté de celui-ci, se produit nécessairement, par la logique même de tout le rapport, de sorte qu'il ne saurait être empêché, même par une volonté contraire du maître. L'abandon d'un bien quelconque (*peculium*) à la personne sous puissance était donc, quelque fût du reste le degré auquel le maître croyait y être personnellement obligé, quelque chose de tout-à-fait inefficace en droit, c'était un simple fait qu'il pouvait à tout instant révoquer. L'insignifiance juridique du *peculium* ne fut démentie au profit des esclaves, dans l'ancien droit, que dans une seule occasion dont nous nous occuperons plus loin (p. 164) [231]. L'impossibilité juridique de l'existence de contrats valant juridiquement, entre celui qui exerçait la puissance et ceux qui y étaient

(231) Le droit nouveau la démentit aussi en faveur des créanciers, par l'*act. de peculio* de l'édit du Préteur.

soumis, ne pouvait donc venir à cesser, même par la concession d'un pécule (232).

En parlant du côté *personnel* de ces rapports de puissance, nous entendons par là la subordination personnelle des habitants de la maison au chef de la famille. Cette subordination était absolue pour les esclaves. Pour se représenter combien elle était complète, il suffit de relever certaines dispositions qu'elle autorisait, et qui prenaient leur source dans le bon plaisir absolu. Le maître, par exemple, avait le droit de marier ses esclaves au gré de sa fantaisie et de son caprice; de les séparer de leur femme, de leurs enfants; de les vendre, de les prêter, de les châtier et de les tuer. Pareille énumération est du reste sans intérêt: le pouvoir que le maître exerçait sur ses esclaves était aussi absolu que celui qu'il pouvait avoir sur une chose.

Il en résulte, et c'est ainsi que les Romains l'ont compris, que le pouvoir sur les esclaves équivaut à un droit de propriété (233). La réalité pratique de cette idée se vérifie dans une foule de conséquences, qui deviennent impossibles quand il s'agit des autres rapports de puissance : par exemple, possibilité de copropriété, de *bonae fidei possessio*, distinction de la propriété quiritaire et bonitaire, établissement d'un usufruit ou d'un droit de gage sur des esclaves (234), *derelictio*, (235), etc.

Il y avait cependant des limites à cette assimilation entre l'esclave et la chose. Elle s'arrêtait à la subordination uniforme de tous deux à la volonté illimitée du maître; pour le reste, on ne méconnaissait jamais l'homme dans l'esclave: (236) ainsi

(232) Nous verrons plus loin ce qu'il en était *en fait*.

(233) Ulp., XIX, 20.

(234) L. 24-27, comm. div. (**10-3**). L. 26 de usufr. (**7-1**). L. 9, in quib. caus. pign. (**20-2**).

(235) Il y avait alors un *servus sine domino*. L. ult. pro derel. (**41-7**). V. dans la L. 23 pr. de lib. causa (**40-12**) et Ulp. I, 19, d'autres cas où ce rapport pouvait naître.

(236) Si l'esclave est principalement nommé *homo*, le sens de cette ter-

par exemple, on étendait au mariage des esclaves la prohibition pour cause de parenté; on punissait même l'injure dirigée contre un esclave ([237]), mais la différence entre l'esclave et la chose se manifestait surtout dans la possibilité de l'*affranchissement* du premier. Le droit d'affranchissement est un élément bien caractéristique de la puissance dominicale. La libre résolution du maître peut faire d'un être qui jusque là se distinguait à peine d'une chose, une personne, un citoyen romain, et même (la chose était possible), un membre d'une famille romaine ([238]).

Cette puissance puise ainsi son caractère, non-seulement dans l'abaissement où elle peut faire descendre la personne qui lui est soumise, mais encore dans l'éclatante réhabilitation au moyen de laquelle elle peut la relever. Aucun autre pouvoir ne présente deux termes opposés séparés par une distance aussi grande. Il n'existe pas d'autre exemple où la toute puissance de la volonté individuelle se manifeste avec autant d'éclat, pouvant à elle seule disposer d'un des priviléges les plus précieux du monde romain, le droit de cité romaine.

minologie a moins pour but de relever en lui l'élément humain, en opposition à sa qualité de chose, que d'indiquer le manque de capacité juridique qui caractérise l'homme vis-à-vis du citoyen. L'esclave n'était rien autre que *homo,* c'est-à-dire sans droit d'après la conception antique, de même que l'homme libre n'était rien autre que citoyen. L'humanité complète ne se manifestait ni dans l'un ni dans l'autre. Cette observation très-exacte est de HASNER, *Philos...* (Philosophie du droit), 1851, § 215.

([237]) L. 1 § 3 de injur. (**47**-10). Juridiquement, elle devait être considérée comme une injure indirecte dirigée contre le maître ; mais si l'esclave n'avait été considéré ici que comme un animal, on n'eût pas donné, par exemple pour les lésions corporelles, l'*actio injuriarum,* mais bien l'*act. legis Aquiliae.*

([238]) GELL. V, 19 : *Alioquin si juris ista antiquitas servetur* (d'après le droit nouveau en effet cela n'était pas pratique) *etiam servus a domino per Praetorem dari in adoptionem potest, idque ait* (*Masurius Sabinus*) *plerosque juris veteris auctores posse fieri scripsisse.*

Dans l'affranchissement ordinaire, cette transformation d'une chose en personne s'accomplissait en un instant. Mais en cas de legs de la liberté sous condition, il pouvait s'élever un état intermédiaire entre la personne et la chose. Cette transition de l'état d'esclavage à celui de liberté présente un phénomène intéressant. Il fallait, pour que le but pût être atteint, abandonner les principes ordinaires en matière de puissance dominicale. Il était impossible d'accorder, sans restrictions, cette puissance à l'héritier, surtout lorsque la condition comportait une action à accomplir de la part de l'esclave ([239]). L'héritier, en effet, pour mettre obstacle à sa liberté, n'aurait eu qu'à lui interdire de faire l'acte en question. Souvent la condition consistait dans le paiement d'une rançon, et, à moins que le contraire ne fût ordonné, l'esclave pouvait la prendre sur son pécule ([240]). Mais en lui enlevant ce pécule, l'héritier eût évidemment pu empêcher l'accomplissement de la condition. Il fallait donc, pour permettre la réalisation du but proposé, reconnaître à l'esclave une certaine indépendance vis-à-vis de son nouveau maître. Mais comment, à moins de fouler aux pieds toute idée juridique, reconnaître un droit à l'esclave ? Les Romains résolurent ce dilemme, d'abord en ce qui concernait l'héritier, en assimilant son opposition à l'accomplissement de la condition; de sorte qu'en définitive l'héritier était obligé de respecter la disposition du testament ([241]). Quant à l'esclave, ils sanction-

([239]) L. 3, § 3 de statul. (40-7).

([240]) L. 3, § 1 de statulib. (40-7) : *Et parvi refert, de peculio ei offerat an ab alio accepta; receptum est enim, ut servus peculiares quoque nummos dando perveniat ad libertatem.*

([241]) L'ancienne règle : *Quotiens per eum fit, cujus interest conditionem non impleri, quominus impleatur, perinde habendum est, ac si impleta conditio fuisset,* L. 161 de R. J. (50-17), paraît avoir été établie, à l'origine, précisément pour ce cas et n'avoir été étendue que plus tard aux autres rapports juridiques. Fest. sub voc. Statuliber. Ulp. fr. II, § 5, 6. L. 24 de condit. (35-1).

nèrent la disposition faite en sa faveur, en considérant le droit qui en dérivait comme une *qualité* inhérente à son *droit réel* ([242]). En somme, l'esclave jouissait de toute l'indépendance nécessaire vis-à-vis de l'héritier ([243]). L'écorce, c'est-à-dire la qualité juridique de la *chose*, couvrait et protégeait le noyau, qui était la personne ([244]).

Dans ces circonstances, en dehors desquelles le commerce d'intérêt matériel entre le maître et l'esclave était complétement ignoré en droit, sinon comme chose purement de fait, ces relations devaient acquérir une importance juridique parfaitement déterminée. En droit, entre maîtres et esclaves, les dettes et les créances n'existaient pas : il ne pouvait jamais en être question en justice. Mais lorsque sous peine d'anéantir entièrement l'intention du testateur ([245]), on dut reconnaître au

---

([242]) La vente de la part de l'héritier ne lui nuisait donc en rien, car la chose conservait sa qualité juridique (c'est-à-dire de pouvoir devenir une personne, sous condition) même entre les mains de l'acheteur, *neque enim conditio quae personae ejus cohaesit, immutari... potest,* ainsi que s'exprime la l. 5. Cod. si mancip. (**4-57**) à propos d'un cas analogue ; v. d'autres nuances dans L. 6, si ex nox. (**2-9**), *implicitus ei casus libertatis.* L. 9 § 1 de statul. (**40-7**), *causa immutabilis.* Les *res publicae* étaient juridiquement affectées de la même manière à l'usage commun. Le droit appartenant au sujet (à tous les citoyens), mais qui comme tel ne recevait aucune consécration juridique, était transporté dans la chose même ; on atteignait ainsi le but, en attribuant à la chose une *qualité juridique absolue et indélébile.*

([243]) Ihering a expliqué le mécanisme juridique qui est appliqué dans ce cas et dans d'autres semblables, dans sa dissertation sur les effets passifs des droits. V. *Jahrbücher,* T. 10, p. 495 s.

([244]) A cette transformation d'une chose en personne, correspond la transformation d'une personne en chose, que nous montre le droit héréditaire. L'écorce est ici la personnalité de l'*hereditas,* établie par la jurisprudence romaine, et qui couvre la succession, comme *objet* d'acquisition.

([245]) L. 17 de statul. (**40-7**)... *haec mens fuit constituentium, ut quasi* EX PATRIMONIO *suo dandi eo nomine servo potestas esset.*

pécule de l'esclave une inviolabilité juridique, les choses changèrent de face. L'on vit alors, phénomène intéressant, ces rapports entre maîtres et esclaves formellement jugés d'après les règles du droit civil ([246]). On cherchait bien à pallier cet écart important de la logique de la puissance dominicale, en ne parlant que d'*obligationes naturales* entre maîtres et esclaves ([247]); mais au fond, comme en droit nouveau dans l'*act. de peculio,* il y avait là une véritable reconnaissance de créances. Lors donc, par exemple, qu'il s'agissait du paiement d'une rançon imposée à l'esclave, celui-ci pouvait porter en compte les dépenses qu'il avait faites pour l'héritier: et ce dernier, de même, pouvait porter en compte toutes les avances qu'il avait faites à l'esclave. Les témoignages sur lesquels nous nous basons, datent il est vrai de l'époque du droit nouveau, mais le rapport même existait déjà dans le droit le plus ancien. La loi des XII tables elle-même contenait déjà une disposition qui y était relative ([248]). Et s'il est vrai que le perfectionnement complet du rapport, au point de vue du droit civil, peut n'avoir été que l'œuvre des époques postérieures, on ne peut le concevoir pour l'époque ancienne, dans ses traits les plus essentiels, d'une autre manière qu'il n'est dépeint ici.

Ce qui rend ce rapport d'affranchissement conditionnel particulièrement intéressant pour notre but, c'est la circonstance que l'esclavage s'élève en quelque sorte au-dessus de lui-même,

---

([246]) Par exemple quant à la question de savoir s'il y avait créance L. 49, § 2 de pec. (**15-1**). *Ut debitor vel servus domino vel dominus servo intelligatur, ex causa civili computandum est... nuda ratio* (le simple compte, c'est-à-dire le fait de porter la dette à son compte, la volonté nue d'être débiteur) *eum non facit debitorem.* Pour l'acquisition des choses, nécessité de la tradition d'après les L. 8 ibid. et L. 21 p. de statul. (**40-7**).

([247]) *Factum magis demonstramus, quam ad jus civile referimus obligationem.* L. 41 de pec. (**15-1**).

([248]) ULP. fr. II, § 4... *emptori dando pecuniam ad libertatem perveniet idque lex XII tab. jubet.* L. 25, L. 29 § 1 de statul. (**40-7**).

et que le pouvoir absolu du maître sur la chose vient jusqu'à un certain point se briser contre la chose elle-même ([249]).

Il existe donc un droit abstrait de l'esclavage! A s'en tenir à cette simple proposition, à laquelle s'arrête l'opinion dominante, on s'expose inévitablement à porter sur cette institution une appréciation complètement erronée. C'est ainsi qu'on a comparé le sort de l'esclave romain à celui de l'esclave nègre de nos jours ([250]) : l'on a été amené à croire que l'époque postérieure a seule pu donner un caractère plus humain à ce rapport, par la raison que ce n'est que sous l'empire que ce caractère d'humanité se traduit *dans la législation.* C'est précisément le contraire qui a eu lieu. A l'époque ancienne, les usages assûraient à l'esclave un sort que la législation n'a jamais pu lui garantir dans la suite ([251]). Il faut, à mon avis, distinguer deux périodes dans l'histoire de l'esclavage romain, et les rapporter, non pas au point de vue tout-à-fait subsidiaire de la manière dont la législation a réglé cette institution, mais au caractère que celle-ci a revêtu, *dans la vie*, aux diverses époques de son existence.

([249]) Un autre rapport dans lequel on reconnaissait des droits aux esclaves est celui des *servi publici,* qui pouvaient disposer par testament de la moitié de leur avoir, Ulp. fr. XX, § 16; ils pouvaient même contracter mariage avec des femmes libres. (Th. Mommsen, *Röm. Staatsr.* [Droit public de Rome], I, 253). Mais il serait difficile d'admettre que cette singularité eût déjà existé dans le droit ancien.

([250]) Par exemple Schweppe, *Röm. Rechtsg...* (Hist. du droit romain), § 343. D'après cet auteur, la position de ce dernier est même encore plus douce. Zimmern, *Gesch...* (Hist. du droit romain privé), § 180, fait aussi intervenir l'influence de plus en plus adoucissante de l'esprit du temps.

([251]) Les exemples d'ignominieuse cruauté et d'inhumanité qui ont décidé le jugement de tout le monde sur le caractère de l'esclavage romain, proviennent, pour la plupart, de l'époque postérieure. Un cas pareil dans l'époque antique, excita suivant la légende, la colère des dieux. Macrob. Sat. I, 11.

Cette différence du caractère réel de l'esclavage à l'époque ancienne et à l'époque postérieure, se base en partie sur des circonstances particulières à l'esclavage, en partie sur des différences générales existant entre les deux époques, résultant du caractère du peuple, des usages, etc.

Une circonstance de fait qui influe largement sur la physionomie de l'esclavage en Amérique, c'est, on le sait, la différence de races entre maîtres et esclaves. Elle creuse entre eux un abîme infranchissable. Cette différence n'existait pas du temps de la Rome ancienne. L'esclave appartenait généralement à un peuple voisin; parfois il avait une origine commune: il était, au point de vue de l'éducation, l'égal de son maître; il arrivait même qu'il lui était supérieur: en un mot, c'était le côté *juridique,* non le côté purement *humain* de leur situation, qui établissait une distance entre eux. Mais, comme les choses se modifièrent dans la suite! A mesure que les deux sources principales qui approvisionnaient Rome d'esclaves, la guerre et la traite, abandonnèrent l'Italie, pour se transporter en Asie et en Afrique (252), la distance *naturelle* entre les maîtres et les esclaves grandit de plus en plus. Ils n'étaient plus seulement séparés par la différence des langues, de la religion, des usages, etc.: très-souvent (253), un abîme bien plus profond était entre eux, celui qui existe entre l'éducation et la grossièreté, entre la civilisation

(252) V. la dissertation de Rein sur le Gallus de Becker, 2e édit., T. 2, p. 87 s.

(253) On sait que pour les esclaves grecs le rapport se présentait souvent sous un aspect tout contraire; mais l'influence naturelle de l'éducation se faisait également sentir chez eux. Entre un esclave grec d'une éducation raffinée qui servait à son maître de lecteur, de secrétaire, de précepteur de ses enfants, etc., et un barbare inculte qui ne pouvait être employé qu'à des travaux serviles, il n'y avait, il est vrai, aucune différence *en droit,* mais la différence qui existait dans leur position de fait était immense.

et la barbarie. Cet état de choses, non-seulement devait rendre des plus difficiles tout rapprochement entre maîtres et esclaves, il devait déchaîner et provoquer, par une fatalité psychologique, la rudesse, l'arbitraire, etc., qui étaient au fond du caractère du maître. La domination sur les peuples comme sur les individus, aura partout un caractère différent, selon que les vaincus seront ou non d'une autre race que les vainqueurs. Le sort de l'esclave américain serait tout autre s'il était de la même couleur que son maître !

A l'origine, les prisonniers de guerre alimentèrent principalement les sources de l'esclavage. Ce fait qui se perpétua pendant longtemps, fournit un second élément d'une importance capitale, et dont l'influence ressort à toute évidence. D'abord, en matière de prisonniers de guerre, le droit international consacrait le principe de la réciprocité. Les Romains admettaient, même contre eux, que la captivité de guerre devait entraîner l'esclavage. Quand le sort de la guerre pouvait ainsi à chaque instant atteindre même le Romain le plus haut placé, on comprend qu'une situation dans laquelle étaient tombés, et tombaient encore des milliers de Romains, dût d'avance être regardée d'un autre œil que celle où croupit aujourd'hui le nègre. L'opinion, en Amérique, ne voit dans celle-ci que l'état d'une classe d'hommes inférieure, condamnée à servir. Quelque fondé en droit qu'il fût de considérer l'esclave comme une marchandise, comme un objet de commerce, il était, en fait autant que moralement, impossible de pousser le principe jusque dans ses dernières conséquences. L'ennemi prisonnier de guerre, occupait peut-être dans sa patrie un rang élevé; hier le Romain le rencontrait sur le champ de bataille comme homme libre, comme un adversaire digne de respect, demain peut-être il serait délivré par ses parents, pour retourner dans la jouissance de tous ses droits, de ses dignités, etc., — en fait, donc, le Romain ne pouvait le traiter avec le manque d'égards, il ne pouvait le regarder avec le mépris qui furent le partage de l'esclavage à

l'époque romaine postérieure, et surtout à l'époque actuelle ([254]). Il faut ajouter que par rapport au traitement des esclaves prisonniers de guerre, il y avait sans aucun doute réciprocité entre les peuples ; que les Romains par conséquent devaient s'attendre à se voir traiter, s'ils étaient faits prisonniers, avec la rigueur et la cruauté dont ils usaient eux-mêmes envers leurs ennemis prisonniers ([255]). C'est ainsi que l'on comprend que le Sénat, mû par des considérations politiques (le censeur, lui, le faisait par des considérations d'humanité), ait pu saisir l'occasion de s'occuper du sort des esclaves ([256]). L'inhumanité d'un seul Romain envers ses esclaves pouvait entraîner les conséquences les plus cruelles pour tous les Romains au pouvoir de l'ennemi, et devenir même la cause que la position de fait de l'esclavage chez tous les peuples voisins prît un caractère plus dur.

Le petit nombre des esclaves ([257]) était un troisième élément qui influait largement sur leur sort à l'époque ancienne. Le maître connaissait chacun d'eux en particulier, ce qui plus tard était souvent impossible; il était au courant de leurs aventures, de leur position personnelle; et entre lui et eux, un sentiment d'intérêt, un rapport plus étroit même, s'établissait facilement. Lorsque vers la fin de la république et sous l'empire, le nombre des esclaves possédés par un seul et même maî-

---

([254]) Il est significatif pour la position sociale des esclaves à l'époque antique, que Serv. Tullius était, d'après la légende, le fils d'une esclave, et que l'ancien droit permettait l'adoption d'un esclave (note 238).

([255]) Plaute, Capt. 2, 2, 61 s.

Tam mihi quam illi libertatem hostilis eripuit manus,
Est profecto Deus, qui quae nos gerimus auditque et videt,
Is uti tu me hic habueris proinde illum illic curaverit.

Macrob. Sat. 1, 11 : *tam tu illum videre liberum potes, quam ille te servum.*

([256]) Dionys., 7, 73. Plutarch., Coriolan. 25.

([257]) V. les textes à l'appui dans Becker, Gallus, 2e éd., T. 2, p. 91 (Dissertation de Rein).

tre s'accrut énormément ([258]), le rapport entre le maître et ses esclaves dut nécessairement changer d'aspect. L'influence adoucissante des rapports personnels cessa, du moins ne profita-t-il plus qu'au nombre relativement restreint de ceux qui avaient attiré sur eux l'attention du maître ou que leur service avait placés dans son voisinage; les autres lui étaient étrangers, loin de sa pensée, comme des êtres fongibles, abstraits. C'étaient des *esclaves*, rien de plus.

Mais il est une autre circonstance, bien plus importante, qui modifiait sensiblement la situation des esclaves: la communauté du travail et de la vie domestique. A l'époque ancienne, les Romains eux-mêmes ([259]) en tenaient largement compte. L'esclave de l'époque postérieure était un *serviteur :* celui de l'époque ancienne était l'*aide* du maître. Cette différence est importante. Tant que le Romain cultivait son champ en commun avec ses esclaves et ses enfants, ils ne se trouvaient pas encore placés à des extrêmes trop opposés. Chaque jour les réunissait, le travail commun les rapprochait et faisait naître entre eux des rapports plus familiers et plus intimes. Ses propres efforts apprenaient au maître à ne pas surmener son esclave, à l'estimer, à se rendre compte de son utilité et de sa capacité. Initié aux évènements les plus intimes de la vie de famille, participant au culte des dieux, partageant les joies et les douleurs de la famille, objet de l'affection des enfants depuis leur naissance et pendant toute leur vie, l'esclave était en réalité un membre de la famille, considéré et traité comme tel ([260]). Dans cet état des choses, il

([258]) PLINE, *Hist. nat.*, 33, 10, parle d'un Romain du temps d'Auguste, qui, bien qu'ayant souffert de grandes pertes dans les guerres civiles, mourut en laissant au-delà de 4100 esclaves. Le cas était fréquent, et l'on allait jusqu'à en posséder 10,000. BECKER, *l. c.*, p. 92-93.

([259]) PLUTARCH., Corolan, c. 24.

([260]) Au commencement de l'année, ils étaient servis à table par la mère de famille, aux saturnales par leur maître. MACROB., Sat. I, 12. Ils mangeaient avec la famille à la même table. BECKER, *l. c.*, p. 117. ROSSBACH,

est à peine besoin de le faire remarquer, la puissance dominicale ne pouvait avoir le caractère odieux ([261]), qu'on lui attribue aujourd'hui en dépit de l'histoire.

Si telle était la véritable situation, et l'histoire ne laisse aucun doute à cet égard, il nous est facile de voir comment l'opinion publique devait accueillir la cruauté et l'inhumanité à l'égard des esclaves. Elle n'y voyait pas un acte indifférent, un simple *usage* de la puissance dominicale, mais un *abus* de cette puissance, aussi condamnable sous le rapport moral qu'au point de vue de l'intérêt public. L'institution de la censure nous en fournit la preuve la plus frappante : le censeur demandait compte au maître de sa conduite inhumaine ([262]). Une foule d'influences, enfin, de considérations, de circonstances, agissaient pour ramener en réalité la puis-

l. c., p. 24, a rassemblé d'autres preuves, et l'on trouve dans son ouvrage une appréciation exacte, en général, de toute cette matière, ce que l'on ne peut dire de BECKER. ROSSBACH a notamment parlé de la position de l'esclave dans la famille romaine au point de vue religieux (par exemple, l'esclave pouvait faire des sacrifices, il faisait la *lustratio* du champ, la *villica* (la femme du surveillant des esclaves) faisait à certains jours une prière aux dieux lares, Diane était la protectrice des esclaves, le tombeau de l'esclave [souvent orné de monuments pleins d'art. V. les inscriptions d'ORELLI, Corp. inscr. I, c. 9] était *locus religiosus,* tandis que celui de l'ennemi ne l'était point. R. ELVERS, de reb. relig. Gott., 1851. L. 2, p. de relig. [**11**-7]. VARRO de L. L. 6, 24). L'enfant de l'esclave n'était pas considéré comme *fructus,* le *bonae fidei possessor* et l'usufruitier devaient le restituer avec la mère, afin de ne pas l'en séparer (*dura separatio*), L. 12, § 7 de instr. leg. **33**-7). L. 10, § 2 de J. D. (**23**-3). L. 17, § 1 de R. V. (**6**-1), etc.

([261]) MACROB., Saturn. 1, 11. *Majores nostri omnem dominis invidiam, omnem servis contumeliam detrahentes, dominum patrem familias, servos familiares appellarerunt.* Les esclaves revenus dans leur patrie entretenaient des rapports d'amitié avec ceux qui avaient été leurs maîtres. TITE-LIVE, II, 22.

([262]) DIONYS, 20, 3.

sance, théoriquement illimitée, à une pratique tout-à-fait raisonnable. La crainte de l'opinion publique, une certaine retenue même vis-à-vis des esclaves, empêchaient, à l'époque ancienne, bien des actes que le maître eût désiré pouvoir faire, et que juridiquement même il eût pu faire. L'usage avait établi certaines règles dont le particulier ne pouvait s'écarter, sans s'exposer au blâme public, par exemple par rapport à la nourriture [263], et à l'habillement des esclaves [264]. Les *scriptores rei rusticae* contiennent, sur le traitement et le sort des esclaves employés à l'agriculture, maint renseignement digne d'attention. Partout on recommande un traitement juste, convenable et plein d'égards [265]; on fait notamment un devoir au maître absent, de contrôler sévèrement les surveillants des esclaves et de fournir à ces derniers des occasions fréquentes de présenter leurs réclamations. Les esclaves, personnellement, ne manquaient même pas, au moins dans certaines positions, d'une indépendance et d'un confort relatifs. C'est ainsi que CATON [266], dit que la femme du surveillant (*villica*) ne peut étaler trop de luxe, ni entretenir des relations trop suivies avec les voisines, ni aller dîner hors de chez elle.

---

[263] Par exemple CATO de re rustica, c. 57 sur la ration de vin. VAL. MAX., 4, 37, (concernant son époque) : *a servis vix impetrari potest, ne eam supellectilem fastidiant, qua tunc consul uti non erubuit*. Les rations étaient assez grandes pour qu'un esclave pût se faire des économies en vendant le superflu.

[264] Par exemple L. 15, § 2 de usufr., (7-1) : *sufficienter autem alere et vestire debet (usufructuarius) secundum* ORDINEM *et* DIGNITATEM MANCIPIORUM.

[265] VARRO s. 17. COLUM., 1, 8. Le maître devait les traiter familièrement, plaisanter avec eux, leur demander conseil, inviter l'intendant à la table aux jours de fête, etc. Les jours de fête, l'esclave devait avoir du repos. CIC. de leg. 2, 12. Il doit être considéré entièrement comme un journalier mercenaire (*mercenarius*). CIC. de off. 1, 13. On peut voir les idées de l'époque postérieure dans SÉNÈQUE épist. 47, qui les combat.

[266] c. 143.

Le pécule mérite une étude spéciale. L'esprit d'économie et l'amour du gain, propres aux Romains, devaient chercher à faire naître les mêmes qualités chez les esclaves. Mais il fallait, pour atteindre ce but, que l'esclave eût l'espoir de conserver ce qu'il avait gagné. Il est certain qu'enlever son pécule à un esclave, sans les motifs les plus urgents, était considéré, à Rome, comme une action infamante ([267]). Les premiers éléments du pécule étaient fournis, soit par le maître, au moyen de cadeaux ou d'avances ([268]), soit par les épargnes que l'esclave lui-même pouvait faire, dans la maison, sur sa nourriture ou sa boisson ([269]), soit par la *Dos* de la femme (qui même chez les esclaves existait de fait ([270]) : libre ensuite à l'esclave d'augmenter ce pécule par son activité et son économie. Sous ce rapport même, l'incurie était considérée comme une mauvaise note ([271]). Lorsque l'esclave augmentait heureusement ses gains, son pécule lui permettait, soit de se racheter ([272]) (souvent son maître avait fixé d'avance la somme nécessaire à cet effet), soit de rendre sa position plus agréable, par exemple par l'acquisition d'un *vicarius*, qui était vis-à-vis de lui dans la position d'un

---

([267]) C'est ainsi qu'on peut expliquer qu'il lui était laissé même lorsqu'on le vendait. VARRO, 2, c. 10, *peculium solet accedere;* cela était même si habituel dans les affranchissements, qu'on l'avait érigé en présomption juridique. Vat. fragm. § 261.

([268]) Pour la *familia rustica*, VARRON, 1, 17, conseille au maître de permettre à l'esclave de prendre une tête de bétail au pâturage.

([269]) SENECA epist. 80; *peculium suum quod comparaverunt ventre fraudato pro capite numerant;* TERENT., Phormio, I, 1, 9-12, L. 39 de pec. (**15**-1).

([270]) L. 29, pr. de J. D., (**23**-3).

([271]) V. p. ex. VIRGILE, Ecloga, 1, 33, *nec spes libertatis erat nec cura peculii*. CIC. in Verr., 3, 28. PLAUTUS, Casin., 2, 3, 39, 40; un grand pécule, au contraire, était une preuve de capacité : PLAUT., Asin., 2, 4, 91. *frugi tamen sum nec potest peculium enumerari.*

([272]) De là le rapport de la *spes libertatis* et du *peculium* comme dans le passage de la note précédente, et chez le *statuliber.*

serviteur envers son maître ([273]). Il arrivait aussi que le maître, moyennant un intérêt déterminé ou une part dans les bénéfices, abandonnait l'esclave à sa propre industrie ([274]). Certaines concessions particulières de la part du maître étaient achetées spécialement; CATON se fit ainsi payer son consentement au mariage d'un esclave. Il résulte de ce qui précède, qu'en fait, l'on accordait à l'esclave une espèce d'indépendance sous le rapport du patrimoine; qu'en fait, l'on respectait le pécule comme *son* patrimoine. La possession de ce patrimoine était garantie à l'esclave, vis-à-vis de son maître, d'une manière aussi sûre, que celle des détenteurs de l'*ager publicus,* ou du *solum provinciale* vis-à-vis de l'État. Le sol provincial était, d'après le droit abstrait, la propriété de l'État; les possesseurs n'auraient pu empêcher l'État, ni en droit ni en fait, d'en opérer la confiscation; mais cette mesure n'était jamais prise, et personne ne la redoutait. Il en était de même de la propriété du maître sur le pécule de l'esclave, au moins chez tous les hommes d'honneur. Sinon on ne comprendrait pas qu'un maître ait pu en arriver à emprunter à son esclave, au lieu de lui enlever simplement l'argent dont il avait besoin.

La position des esclaves n'était autre, en général, que de nos jours, celle de nos domestiques ([275]). Ce qui est caractéristique sous ce rapport, c'est la grande confiance qu'on leur témoignait en les envoyant au-delà des mers et jusqu'à des distances éloi-

---

([273]) HOR. Sat. 2, 7, 79. *Vicarius est, qui servo paret.* V. BECKER, *l. c.,* p. 94, 95. Il y avait des esclaves très riches qui se livraient à plus de dépenses que n'en fait aujourd'hui maint fonctionnaire très haut placé de l'État. BECKER, p. 20.

([274]) Par exemple L. 14 pr. de statul., (40-7).

([275]) Que de domestiques aujourd'hui voudraient avoir une vie telle que COLUMELLA (1, 8), dépeint celle des esclaves à Rome : *socors et somniculosum genus id mancipiorum, otiis campo, circo, theatris, alae, popinae, lupanaribus consuetum.* CICERO (ad att. 7, 7), annonce son arrivée, pour ne pas surprendre ses esclaves dans un moment inopportun.

gnées, avec des envois d'argent et d'autres valeurs ([276]). Si le sort des esclaves avait été tellement pénible, le risque eût certainement été trop grand à courir. La même conclusion ressort de maint trait, qui nous a été conservé, de la touchante affection que des esclaves témoignèrent à leur maître, dans des circonstances où, en réalité, sa puissance sur eux était entièrement anéantie, et où eux-mêmes étaient ainsi complètement libres ([277]).

La fréquence des affranchissements est encore un point qui caractérise l'esprit dans lequel l'esclavage était pratiqué chez les Romains. Les matériaux sur cette question sont très-abondants pour la période suivante, mais ils sont clairsemés pour la période présente. Il était de tradition, à l'époque postérieure, de donner la liberté aux esclaves dans certaines circonstances ([278]), et c'était même un point d'honneur d'avoir beaucoup d'affranchis. La législation dut même enrayer cette manie des affranchissements, qui avait dégénéré en une véritable contagion. Les affranchis formaient une partie importante de la population romaine ; c'est ce qui résulte, pour l'époque postérieure, de maintes circonstances dont je n'énumérerai que les suivantes : des 21 grammairiens que Suétone cite dans son ouvrage *de grammaticis* (c. 3-24), il n'y en a pas moins de 13 dont il dit expressément qu'ils étaient des affranchis. Il parle, dans le même ouvrage (c. 3), d'un de ces affranchis, acheté pour la somme incroyable de 700,000 sesterces (au-delà de 150,000 fr.), qui avait été immédiatement mis en liberté par son maître. A une époque ancienne déjà, le nombre des affranchissements doit avoir été

([276]) L. 4, § 1 de naut. foen. (**12**-2). L. 10 qui et a quib. (**40**-9). Ainsi s'explique ce que dit Suétone (de grammaticis, c. 21) du grammairien *Cajus Melissus : permansit in statu servitutis praesentemque conditionem verae origini anteposuit.* (Il était né libre, mais avait été vendu par ses parents).

([277]) Par exemple à l'époque des guerres civiles, les esclaves des proscrits. Val. Max., 8, 8 *de fide servorum.* Macrob., Sat. 1, 11. — Visites d'anciens esclaves rentrés dans leur patrie. Tite-Live, II, 22.

([278]) Comp. par exemple ce que Columella, 1, 8, raconte de lui-même.

assez considérable : la *vicesima manumissionum*, introduite en l'an 398 de la fondation de Rome, et qui fut immédiatement après sa création une source considérable de revenus pour l'*aerarium* (279), en est une preuve convaincante.

Notre but, dans l'étude qui précède, n'était pas tant de mettre dans son vrai jour un côté de la vie romaine, en général faussement jugé jusqu'ici, que de fixer le sens véritable de la puissance dominicale. Nous tenions à démontrer, notamment, que cette puissance ne tendait pas à ériger en droit la dureté et l'arbitraire du maître vis-à-vis d'un esclave sans défense ; mais qu'elle tendait à donner au maître, sous la sauvegarde de sa justice et de son humanité, et sous le contrôle de l'État exercé par le censeur, une *autorité domestique* sur son personnel, complètement suffisante, même pour les cas les plus extraordinaires. Cette considération, il est vrai, ne nous réconciliera pas avec le fait de l'*esclavage,* mais elle nous réconciliera, jusqu'à un certain point, avec ce qu'on a le plus attaqué dans la puissance du maître, pour le droit ancien : avec son *étendue illimitée.*

2. *La puissance paternelle.*

Pendant des siècles, la puissance paternelle fut, quant à son objet et quant à son caractère, la même que la puissance dominicale (280). La distinction qui existait entre les enfants et les

(279) Elle fut introduite dans cette prévision. Tite-Live, VII, 16 : *Patres, quia ea lege* HAUD PARVUM *vectigal* INOPI *aerario additum fuisset, auctores fuerunt.* Cet argent *(aurum vicesimarium)* était conservé dans l'*aerarium sanctius,* pour les cas urgents. En l'an 543 on n'y prit pas moins de 4000 livres d'or. Tite-Live, XXVII, 10.

(280) Les Romains de l'époque postérieure traitent la *patr. potestas* comme une institution toute particulière, qui n'existe que chez eux (Gaius, I, 54), tandis que la même puissance sur les esclaves leur paraissait quelque chose de tout-à-fait régulier, existant chez tous les peuples (Gaius, I, 52). La restriction qui y fut apportée plus tard est revendiquée par eux comme un progrès bien romain (Gaius, I, 53).

esclaves ([281]), quant à leur position juridique absolue, ne reçut cependant pas la moindre atteinte. Le rapport relatif qui unissait les uns et les autres avec le détenteur de la puissance, était au fond, le même.

Les enfants, non plus, donc, ne pouvaient rien avoir en propre ([282]); eux aussi étaient soumis au *jus necis ac vitae* du père;

([281]) Quant à la liberté. De là le nom donné aux enfants, opposés aux esclaves : *liberi,* libres. La distinction ne se manifestait, pendant la vie du chef de famille, qu'en ce qui touchait le droit public; (le fils était à cet égard tout-à-fait indépendant. V. un exemple célèbre dans Cic. de invent. II, 17); elle ne se manifestait, sous le rapport du droit privé, qu'à la mort du père de famille. Les esclaves, en effet, restaient ce qu'ils étaient; les enfants, au contraire, devenaient *sui juris,* et comme tels, lorsque le père ne les avait pas deshérités, continuaient la *familia,* à laquelle ils n'avaient jusque-là appartenu que passivement.

([282]) Non-seulement ils ne pouvaient avoir aucun patrimoine, mais encore aucune puissance sur des personnes. Cela ne souffre aucun doute quant à la *patr. potestas;* on le conteste, mais à tort, quant à la *manus.* En effet, on n'a pas seulement perdu de vue l'attestation expresse de Gellius, 18, 6, 9 : *quae in mariti manu mancipioque* AUT IN EJUS, *in cujus maritus, manu mancipioque esset, quoniam non in matrimonium tantum, sed in familiam quoque mariti et in sui heredis locum venisset* (passage littéralement reproduit dans Servius ad Aen. IX, 476, mutilé dans NON. de diff. verb. 422, 9 : *in familia mancipioque sit* PATRIS, *etsi in* MARITI *matrimonio sit*), mais on a oublié qu'il est impossible que celui qui est lui-même sous puissance, ait une puissance sur d'autres personnes. Lorsqu'il est parlé d'une *manus* du fils de famille sur sa femme, par exemple dans Gaius, II, 148, III, 3. Ulp. fragm. XXII, 40, il ne faut pas entendre par là autre chose, si ce n'est : lorsque le fils que nous avons sous notre puissance a contracté un mariage avec *manus ;* sans qu'il doive être lui-même, pour cela, désigné comme détenteur de la *manus.* L'effet principal de la *manus,* celui qui concerne la fortune, était complètement impossible dans son chef. — Walter, R. R. G. (*Hist. du dr. rom.*), troisième édit. II, § 504, a trouvé cette opinion étrange. Peu de mots suffiront pour la justifier. La proposition ci-dessus : Celui qui est lui-même sous puissance, ne peut en avoir un autre sous la sienne, — ne résulte pas seulement de

ils pouvaient aussi être vendus par lui, affranchis, ou tenus pendant toute leur vie sous sa puissance; il pouvait les marier, il pouvait dissoudre leur mariage, etc. Dans le droit ancien, il n'y a, que je sache, qu'une seule différence méritant d'être relevée entre la puissance dominicale et la puissance paternelle. Le pouvoir du maître est illimité quant à la vente des esclaves. Mais il n'en est pas de même pour la vente du fils : Si le père a vendu trois fois son fils, celui-ci, suivant une disposition de la loi des XII tables ([283]), devient libre pour toujours (*si pater filium ter venum duit, filius a patre liber esto*). Mais comment une triple vente était-elle possible ? Le fils n'était-il pas, dès la première vente, définitivement soustrait à la puissance de son père ? Voici l'explication : le *mancipium* qui frappait le fils de cette manière (mais non pas celui qui s'établissait par *noxæ datio*, ou par fiction), cessait à chaque lustre (fin de la période du recensement) ([284]). Or, si le père ne pouvait vendre son fils

la nature de la puissance du chef de famille, mais est expressément énoncée dans la L. 21 ad L. Jul. de adult. (48-5) : *in sua potestate videtur non habere, qui non est suae potestatis*. Le mari se trouvant lui-même sous puissance avait-il le *jus necis ac vitae* sur sa femme ? Non. arg. L. 21 cit. Était-il le maître de sa fortune ? Non. Pouvait-il revendiquer la *manus* en justice ? Non. Qu'avait-il donc ? Rien ! Si l'on veut appliquer à ce néant le nom de *manus*, je ne m'y oppose pas. Voyons maintenant le rapport de la femme vis-à-vis du beau-père. On sait que sa *dos* tombait dans *son* patrimoine : personne ne mettra en doute que la succession entière ne lui appartint, ni même qu'il eût la juridiction domestique sur elle. Après la mort du fils, si elle n'avait pas été jusque-là sous la puissance du beau-père, son rapport avec celui-ci aurait dû cesser. Était-ce le cas ? Non ! Elle héritait même de lui (Gaius, II, 159. V. aussi Gaius, III, 41), et il pouvait lui nommer un tuteur dans son testament. (Gaius, I, 148). — Voigt s'est également rangé (quoique sans me citer) à cette opinion : Die *lex Maenia de dote*. Leipz. 1866, p. 75-77.

([283]) D'après Dion. 2, 27. Plut. Num. 17, le fils marié ne pouvait être vendu, même à l'époque ancienne.

([284]) Gaius, I, 140. Le droit mosaïque contenait une disposition analo-

que pour le terme d'un lustre, la vente ne pouvait être considérée comme une aliénation définitive de la puissance paternelle; elle n'en était que la suspension momentanée : c'était la location de l'enfant. La puissance paternelle revivait dès que cessait le *mancipium.* Mais le profit de cet effet libérateur du recensement se perdait entièrement à la suite de ventes plusieurs fois répétées. Empêché de vendre son enfant d'un coup pour sa vie entière, le père le vendait de nouveau à chaque lustre : mais la loi des XII tables porte atteinte au droit du père en le limitant à un triple exercice. Comme la loi n'avait fait mention que du fils, l'interprétation n'appliquait pas la disposition aux filles, ni aux petits-fils, et attribuait le même effet, quant à eux, à une seule vente.

Cet empiètement de la loi sur la *patr. potestas* est très instructif. Il doit paraître étonnant que la loi assurât le fils contre un mal relativement léger, et le laissât sans protection aucune contre des dangers bien plus grands, par exemple contre une application injuste du *jus necis ac vitae.* Si la loi voyait dans une triple vente du fils par le père, un abus de la puissance paternelle, qu'elle jugeait nécessaire de punir par l'enlèvement

gue : Le Hébreu qui s'était vendu comme domestique, devenait libre au bout de sept ans, indépendamment de l'effet libérateur de l'année jubilaire, qui avait lieu pour lui également. Moïse, 5, 15, 12 s. Schnell, *Israël. Recht,* p. 29-30. V. dans la L. 20, cod. de postl. revers. (8-51), d'Honorius et Théodose, une nouvelle application de cette période de servitude de cinq ans dans le droit ancien : le prisonnier racheté (*redemtus*) devient libre *opere quinquennii,* lorsqu'il ne peut acquitter le prix de vente payé pour lui. Dans le droit anglo-saxon, le droit de vente avait été limité par l'influence de l'église. L'interprétation donnée plus haut a été contredite par Walter, *Röm. R. G.,* II, § 508, note 58. Il admet que Gaius, au commencement du § 140, a en vue celui qui n'est mancipé que *dicis causa* seulement, tandis que je lui applique ces mots : *excepto eo, quem pater ea lege mancipio dedit, ut sibi remanciperetur.* Sinon quel serait le sens de ces mots, et que faudrait-il dire de la *mancipatio* sérieuse ?

du droit de vendre ultérieurement, pourquoi ne comminait-elle pas également une peine contre un abus bien autrement grave? Évidemment parce qu'elle n'avait pas à le redouter.

Les Romains paraissent avoir vu avec défaveur une dissolution du lien entre le père et le fils, par la vente, par l'affranchissement ou par le transfert de la *patr. pot.* à un autre *(in adoptionem datio).* A en juger d'après la forme de ces deux derniers actes juridiques, ils ne se sont formés que postérieurement à la loi des XII tables ([285]). On le comprend d'autant plus facilement lorsqu'on considère ce qu'il y a de peu naturel en eux, en présence de l'importance et de la constitution de la famille romaine à l'époque ancienne.

La position que créait le *mancipium* au fils, avait, au dire des Romains, une certaine analogie, mais en fait plutôt qu'en droit, avec l'esclavage. Il y avait en effet entre ces deux positions des différences très-essentielles en droit; notamment, la responsabilité du maître de l'enfant *in mancipio* lorsqu'il le traitait mal ([286]), et l'incessibilité du *mancipium* ([287]).

([285]) Si on avait déjà connu ces actes auparavant, et si on avait possédé alors aussi une forme pour les accomplir, comment aurait-on pu en arriver au détour artificiel occasionné par les termes de la loi des XII tables qui ne s'y appliquaient aucunement? (Gaius, I, 132).

([286]) Responsabilité mise en jeu par l'*actio injuriarum.* Gaius, I, 141. On ne dit pas quand ni contre qui elle pouvait être intentée. Le fils lui-même ne pouvait l'intenter, tant qu'il n'était pas devenu *sui juris,* cela ne souffre aucun doute : dès-lors le père seul pouvait intenter cette action. Böcking, *Instit.,* § 47.

([287]) Gaius ne mentionne jamais comme donnant *in mancipio* que les *parentes* et *coemptionatores;* le maître du fils *in mancipio* ne pouvait, paraît-il, le remanciper qu'au père lui-même, Gaius, I, 115, 134, 140, ce qui donnait à ce dernier la possibilité de devenir *patronus* de son fils. Gaius, epit. I, 6, § 3. Cette particularité s'explique fort bien lorsque l'on sait de quelle importance était pour le père et le fils la personne du maître de ce dernier. Par le changement de personnes, le rapport aurait changé de caractère; la confiance que l'on avait dans *telle* personne, on ne l'avait pas dans telle

3. *La puissance maritale.*

Il y avait, comme on sait, deux espèces de mariage : le mariage avec *manus*, et le mariage sans *manus*. Dans le premier, la position de la femme, sous le rapport des biens, ne se distinguait en rien de celle des esclaves et des fils de famille ([288]), nous n'avons dès lors à nous occuper que du côté personnel de l'institution.

Sous ce rapport, la *manus* présentait, au fond, le même caractère que la *patria potestas*. Mais beaucoup d'auteurs le contestent. On a soutenu, en effet, que non-seulement la *coutume*, mais le *droit* même, subordonnait l'ancien *jus necis ac vitae*, au concours de tribunal de famille. J'estime que c'est là une erreur : je développerai ce point plus tard, en étudiant l'influence adoucissante de la coutume. La puissance maritale, restait, quant à sa *durée*, logique avec son principe; le mari seul, et non la femme, pouvait mettre fin à la *manus*. Il est possible qu'à l'origine la *séparation* ait été entourée de difficultés dans le mariage

---

autre, etc. Au point de vue de la construction juridique, il y avait ici une institution analogue à la *tutela cessitia* (Ulp., fragm. 9, 7), dans laquelle v. Scheurl, Beitr., T. 2, diss. 1, ne voit avec raison qu'une substitution purement personnelle. Par rapport à l'incessibilité, la similitude des deux rapports était indéniable. Elle se manifestait encore lorsque le droit du maître était dissous par l'expiration du lustre : celui du père mancipant revivait alors en entier comme celui du cédant dans la *tutela cessitia*. Mais jusqu'où allait cette incessibilité : on ne peut établir à cet égard que des présomptions. — Je persiste dans cette opinion, malgré la contradiction de Schlesinger, dans le *Zeitsch. fur R. G.*, VI, p. 121, 122.

([288]) L'assertion que la femme ne pouvait avoir de pécule, manque de tout fondement. Plaut., Cas. II, 2, 26 : *nam peculii probam nihil habere addecet clam virum.* (Elle pouvait donc en avoir un avec le consentement du mari). Du reste le cas devait évidemment être bien plus rare pour la femme que pour les enfants ou les esclaves.

par *confarreatio* ([289]) : mais pour la période présente, le droit absolu de répudiation du mari, même pour le mariage par *confarreatio*, ne peut être mis en doute.

La question de savoir si le mari pouvait donner sa femme en *mancipium*, soit pour la vendre, soit par *noxae datio*, est le seul point qui puisse soulever quelque doute, et je me garderai de le trancher. On comprend que la coutume ait reprouvé ce fait comme un outrage à la sainteté du mariage; la prétendue défense de Romulus ne peut avoir un autre sens ([290]). Mais autre chose est la possibilité *juridique* du fait. La circonstance que la vente apparente de la femme était entrée dans la pratique à l'époque postérieure, semble indiquer que la vente réelle était possible à l'époque antérieure. Mais cette vente réelle s'est-elle perpétuée jusque dans l'époque historique? A cet égard je n'oserais émettre aucune présomption.

Nous n'avons jusqu'ici, dans les divers rapports de puissance, rencontré aucun écart essentiel du type fondamental de la puissance domestique. Tant que celle-ci durait, la femme, les enfants, les esclaves y étaient tous à peu près soumis de la même manière. Mais les destinées de ces diverses personnes, quant au droit privé, changeaient complètement à la mort civile ou naturelle du chef de la famille. Les esclaves et ceux qui se trouvaient *in mancipio* restaient ce qu'ils étaient, membres passifs de la *familia*, ils ne faisaient que changer de maître; les petits-fils et les petites filles entraient sous la *potestas* de leur père; les autres personnes devenaient *sui juris*. Mais il y a des distinctions à établir: en effet, les enfants mineurs et la femme tombaient

([289]) On sait que cette question est très-controversée. K. WACHTER, *Ueber Ehescheid...* (Du divorce chez les Romains), p. 63 s. HASSE, *Güterrecht...* (Des biens des époux), p. 133 s. et 475 s. ZIMMERN, *Rechtsg...* (Hist. du droit). T. 2, p. 561.

([290]) PLUT., Rom. c. 22. ROSSBACH, p. 134, note 450, ne veut pas même appliquer les termes de cette défense à la *mancipatio*, mais seulement à la répudiation.

sous la tutelle des agnats les plus proches, c'est-à-dire de leurs frères ou fils majeurs : les fils majeurs devenaient complètement indépendants. Cette dissolution de la famille ne nous intéresse que par l'influence que le chef de la famille pouvait exercer après sa mort sur les destinées de la *familia*, au moyen de son testament. Cette influence se manifestait d'une triple manière; d'abord dans le droit absolu de disposer de son patrimoine, ensuite dans l'affranchissement des esclaves et des personnes *in mancipio*, et enfin dans la nomination des tuteurs pour la femme, les filles et les fils mineurs. Quant aux fils majeurs, aucune disposition du père ne pouvait mettre obstacle à leur indépendance personnelle. La *tutela testamentaria* est donc la dernière manifestation de la puissance domestique sur les personnes libres.

Notre appréciation de la puissance domestique dans le sens juridique, ne concerne pas, il est vrai, le mariage sans *manus;* mais il mérite cependant que nous l'examinions comme rapport de la famille romaine.

Le mariage avec *manus* était chose grave pour la femme qui était *sui juris,* grave non-seulement pour elle, mais aussi pour ses tuteurs légaux. En effet, la *capitis deminutio,* que subissait la femme par son entrée sous la *manus,* avait pour effet de dissoudre la tutelle; elle transmettait au mari le patrimoine de la femme, patrimoine qui à la mort de celle-ci aurait passé aux tuteurs, et dont la conservation était le but essentiel de la tutelle (291). Quant à la femme, loin de lui porter préjudice, ce changement lui était même en quelque sorte favorable : à sa mort et à celle de son mari, il faisait passer à ses enfants sa fortune, dont se seraient emparés, sans cela, ses tuteurs, en qualité d'agnats les plus proches. Ceux-ci avaient donc le plus grand intérêt à ce que la femme ne contractât point un mariage avec *manus;* comme leur *auctoritas* était nécessaire pour sanc-

(291) Gaius, I, § 192.

tionner une pareille union ([292]), et qu'ils ne pouvaient être contraints à la donner ([293]), il dépendait d'eux d'empêcher ce mariage ([294]).

Point d'autre issue à ce conflit des intérêts des agnats et de leur pupille, que le mariage sans *manus*. Ce n'est pas émettre une hypothèse trop hardie ([295]), que de croire que la première apparition de cette forme de mariage a eu lieu par la force même des choses, et dans des circonstances où elle était d'une inévitable nécessité ([296]). Où trouverait-on, s'il n'en était ainsi, l'origine du mariage sans *manus?* Passons tout d'abord sous

([292]) Cic., pro Flacco, c. 34.

([293]) Gaius, I, 192, dit que les tuteurs légaux (de son époque), conformément au but intéressé de la tutelle des femmes, ne pouvaient être contraints qu'exceptionnellement à donner leur *auctoritas*. Je doute beaucoup que le droit ancien ait connu de pareilles exceptions, mais quoi qu'il en soit, le cas dont il s'agit ici ne peut avoir fait partie de ces exceptions. Que l'on songe seulement aux conséquences d'une pareille doctrine! Si cette opinion est exacte, la femme n'aurait pas été sous l'autorité de ses tuteurs, ainsi que la chose nous est attestée pour le droit ancien, mais les tuteurs auraient été dans la dépendance de la femme. Avec la menace de se marier, elle aurait pu tout obtenir d'eux ; elle aurait toujours eu en son pouvoir de rendre illusoire le but entier de la tutelle, c'est-à-dire la conservation du patrimoine dans la famille.

([294]) Il en fut bien autrement plus tard. V. comme parallèle de l'époque postérieure la L. 18, C. de nupt. (5-4)... *ne forte hi qui gradu proximo ad viduarum successionem vocantur, etiam honestas nuptias impediant.*

([295]) Je la trouve indiquée dans Laboulaye, *Recherches sur la condition civile et politique des femmes,* Paris, 1842, p. 34. D'après une citation de Rossbach, p. 242, elle doit avoir également été défendue dans un ouvrage qui m'est inconnu : Dorn-Seiffen, *de feminarum conditione apud Rom.,* p. 12-17. Paul Gide, *Étude sur la condition privée de la femme,* Paris, 1867, p. 126 s., s'y est également rallié. L'idée de Rossbach est erronée, à mon avis.

([296]) Un autre cas d'un intérêt bien moins grand était lorsque le père de la femme était fou ou prisonnier de l'ennemi, et qu'ainsi le transfert de la *manus* était impossible.

silence une assertion, d'après laquelle la différence entre le mariage avec ou sans *manus*, aurait une origine ethnique; elle est dépourvue de toute preuve ([297]). Reste une seule opinion qui mérite examen: le mariage sans *manus* aurait pris naissance dans les aspirations des femmes vers une indépendance plus complète. On suppose ainsi que cette forme de mariage aurait introduit dans la position de la femme une somme de liberté plus grande. Mais ceci n'est exact que pour une époque où la tutelle des femmes a déjà perdu de son antique rigueur, c'est-à-dire que cette hypothèse n'a pas pu se réaliser avant l'avènement du système suivant. Cette opinion, en tant qu'elle se place dans l'époque antérieure, repose sur une erreur. Toute aussi dépendante dans le mariage sans *manus* que dans le mariage avec *manus*, la femme n'y rencontrait que cette seule différence, c'est que dans le premier, elle n'était point, sous le rapport de ses biens, dans la dépendance de son mari, mais dans celle d'autres personnes, telles que son père ou ses tuteurs.

Le degré d'indépendance de fait dont elle jouissait, gisait entièrement, dans les deux cas, dans l'ascendant qu'elle savait prendre sur son maître et seigneur. Des agnats avides se soumettaient-ils plus facilement à cette influence, que le mari? La femme, libre dans son choix, pouvant dépendre de ses tuteurs ou de son mari, allait-elle se décider pour ceux-là ou pour celui-ci ? Poser la question c'est la résoudre.

Pour entrer plus avant dans l'examen de la position de la femme mariée sans *manus*, il faut que nous distinguions si elle se trouvait sous la puissance de son père ou sous tutelle. Dans le premier cas elle restait *filia familias;* la puissance paternelle ne souffrait aucune modification par le mariage; dans un conflit entre le droit du père et celui du mari, le premier triomphait, au point que le père avait, par exemple, le

([297]) V. aussi contre cette opinion Rossbach, *l. c.*, p. 162 et s. La critique serrée à laquelle il l'a soumise l'a, j'espère, fait disparaître à jamais.

droit de dissoudre le mariage malgré les époux (298). Nos sources ne nous renseignent pas exactement quant à l'exercice du *jus necis ac vitae* sur la femme; le père et le mari pouvaient-ils tous les deux user de ce droit, ou l'un d'eux seulement était-il armé de ce pouvoir? Dans ce cas également, le droit du mari devait, logiquement, s'incliner devant la *patr. potestas*.

Ce droit incontestable du père devait assurément rendre la position difficile. Il devait répugner aux idées de l'époque ancienne sur la souveraineté domestique. C'était une puissance étrangère qui venait étendre son autorité jusque dans la maison romaine, contrariant le pouvoir du mari, mettant à chaque instant en question l'état de la femme. Et pourquoi cette anomalie? S'agissait-il de garantir l'intérêt du père quant à la fortune de la femme? Cette considération ne mérite guère qu'on s'y arrête. En admettant même que tout ce que la femme acquérait comme *filia familias*, revenait au père, il n'y avait là qu'un minime intérêt en jeu, il faut en convenir, les donations entre époux étant nulles, et les acquisitions faites grâces aux libéralités de tierces personnes constituant au moins l'exception (299). Mais il y avait un autre intérêt pour le père à ne pas confier aveuglément à un homme dont il ignorait le caractère intime,

---

(298) Les comiques y font souvent allusion. V. ROSSBACH, *l. c.*, p. 43. Dans le droit postérieur cet exercice de la *pat. pot.* était défendu dans un *bene concordans matrimonium*. PAUL, S. R. V., 6, § 15. L. 1, § 5, L. 2, de lib. exh. (**43**-20).

(299) La *filia familias* ne pouvait rien recueillir *ab intestato* tant que le père vivait. Des dispositions testamentaires de la part de tiers étaient assurément rares (elles n'étaient au fond que des dispositions en faveur du père). Il ne restait donc absolument que les deux sources de revenus mentionnées par PLAUTE, Casin. III, 2, 28... *quin viro subtrahat aut stupro invenerit*. La célèbre *praesumtio Muciana*, qui imposait à la femme la preuve de toute acquisition qu'elle prétendait avoir faite pendant le mariage, était basée sur ce que la femme n'acquérait régulièrement que par et pour son mari.

une puissance absolue et irrévocable sur sa fille. Il pouvait, au moyen du mariage sans *manus*, soumettre cet homme à un temps d'épreuve préalable, et si l'essai réalisait ses espérances, lui céder ensuite la *manus*, ou la lui laisser acquérir par l'*usus*. Dans tous les cas, et abstraction faite de l'expérience tentée au moyen de cet état intermédiaire, le mariage sans *manus* d'une fille sous puissance, devait être chose peu fréquente à l'époque ancienne.

Il en était tout autrement lorsque la femme était *sui juris*. D'une part, en effet, le mariage sans *manus* devait prévaloir pour un motif infiniment plus important, et d'autre part le principal obstacle qui contrariait pareille union venait à disparaître. Comme les tuteurs n'avaient qu'à surveiller le patrimoine de la femme, que celle-ci, sous le rapport personnel, était hors de leur dépendance ([300]), il n'y avait pas à redouter pour la maison romaine, l'ingérence de cette autorité étrangère, qui se faisait sentir dans le cas de la *patr. potestas*. A part ce qui concernait la fortune, le mari exerçait probablement sa puissance sur la femme de la même manière que sur une femme *in manu* ([301]). Il n'avait pas à s'inquiéter, sous ce rapport, d'une intervention *juridiquement* fondée de la part des parents de la femme. On s'explique ainsi qu'au point de vue du droit postérieur, la *manus* apparaissait comme une institution

---

([300]) Cela résulte d'un texte de GAIUS, I, 190 (qui contient autant son opinion que le renseignement que : *mulieres, quae perfectae aetatis sunt, ipsae sibi negotia tractant, et in quibusdam causis dicis gratia tutor interponit autoritatem*). TITE-LIVE IV, 9, mentionne une contestation décidée par l'autorité, entre une mère et le tuteur de sa fille sur le choix d'un mari. Mais les faits se passaient à Ardea et non à Rome, et il serait peut-être téméraire d'en conclure qu'il en fût de même à Rome. (ROSSBACH, *l. c.*, p. 400).

([301]) ZIMMERN, *R. R. G.* (Hist. du dr. rom.). T. 2, § 140.

ayant uniquement trait aux biens, et pouvant exister indépendamment du mariage ([302]). Le fondement du rapport de dépendance *personnelle* de la femme, suite du mariage avec *manus*, reposait sur le mariage lui-même, plutôt que sur la *manus*.

Le mariage sans *manus* se présentait donc, à mon avis, sous deux aspects : il pouvait être, en premier lieu, l'état *passager* d'une *filia familias* à laquelle l'*usus* ([303]) fournissait le moyen de laisser s'établir la *manus* au bout de l'expiration d'un an, et l'*usurpatio* par *trinoctium* la ressource d'y mettre obstacle. Il pouvait constituer encore l'état permanent d'une personne sous tutelle, lorsque les tuteurs légaux refusaient leur consentement à un mariage avec *manus*. Ce refus assurait aux tuteurs leurs droits héréditaires sur le patrimoine de leur pupille, mais la coutume les obligeait à lui constituer une dot ([304]). On comprend aisément que sans leur consentement l'*usus* n'était pas possible ([305]) : il aurait fait passer tout le patrimoine de leur pupille entre les mains du mari, en la soumettant elle-même à la puissance de ce dernier.

([302]) *Coemptio fiduciae causa.*

([303]) Serv. ad Virg. Georg. 1, 31 : *usu, si mulier anno uno cum viro* LICET SINE LEGIBUS *fuisset,* (c'est-à-dire sans avoir contracté mariage selon le mode antique, par *coemptio* ou *confarreatio*). Le consentement du père n'était pas nécessaire. (Je ne vois pas sur quoi l'opinion contraire de Rossbach, *l. c.*, p. 147, peut s'appuyer) ; la simple opposition de sa part pouvait difficilement empêcher l'*usus*, mais la puissance paternelle lui donnait le moyen de contraindre sa fille à recourir à l'*usurpatio*.

([304]) Je rappelle les idées connues des Romains sur les femmes non dotées. V. par exemple Plaut., Trinum, III, 2, 64... *infamis ne sim... in concubinatum sic sine dote dedisse magis quam in matrimonium.*

([305]) Cic., pro Flacco, c. 34.

SECTION 3. — *Aspect extérieur des relations de famille dans la vie.*

But et signification du pouvoir de famille. — Paix intérieure de la maison romaine. — Vie de famille. — Position de la femme et des enfants. — Tribunaux de parents.

Quanto latius officiorum, quam juris patet regula. Quam multa pietas, humanitas, liberalitas, justitia, fides exigunt, quæ omnia extra publicas tabulas sunt.

SENECA de ira, II, 27.

37. La constitution de la famille est un problème important qui s'impose au législateur. Il s'agit de relations d'une délicatesse extrême, qui redoutent les regards du monde, et qui aiment à se développer tranquilles et isolées. La famille, c'est le sanctuaire de l'amour, et l'amour seul peut lui donner sa physionomie vraie et sa consécration : le législateur risque de la froisser, de la blesser en la touchant de sa rude atteinte. S'il cherche à lui donner une forme positive, fruit de sa propre conception, s'il veut éliminer la libre expansion de l'esprit moral — (s'il place l'amour sous la surveillance de la police !) — alors il nous faut répéter ici tout ce que nous avons dit d'une manière générale, au § 34, du système de contrainte, et nous ajouterons que nulle part la réalisation d'un pareil système, le contrôle par l'État, l'appréciation du juge, etc., ne se heurtent à plus de difficultés ! Car il ne s'agit de rien moins, alors, que de pénétrer dans le secret de la vie de famille, d'épier, d'inquiéter la personnalité dans ses sentiments les plus intimes. Quand la révolte serait-elle plus légitime, plus inévitable et plus difficile à empêcher ? Nulle part la tentative d'une réglementation juridique ne serait plus dangereuse, et ne s'exposerait davantage à blesser de la manière la plus sensible le sentiment moral ou à dégé-

nérer en immoralité et en obscénité ([306])! Plus un sentiment est délicat, plus il est noble et pur dans son expression réelle, et plus il sera blessé par une semblable profanation. Il y a sagesse pour la loi à intervenir le moins possible en pareille matière.

L'intervention de la loi, dans le droit romain ancien, est fort restreinte. La maison romaine est le siége de l'amour et de la moralité; elle échappe au pouvoir des règles mortes du droit. Dans les idées romaines, la vie intime de la famille doit se développer par elle-même. La prose aride du droit n'a point d'accès dans la maison romaine : le droit n'a pas de règles pour la vie qui s'y déploie, pour les rapports qui y existent, pour les contestations qui s'y élèvent. La maison est la création du chef de la famille : *son* esprit, *sa* volonté, *son* autorité la dirigent souverainement, et effacent l'influence de la loi. Le pouvoir reconnu nécessaire en fait au Romain, la loi elle-même le lui attribue comme *droit*. Ce pouvoir ne consiste pas à lui permettre de satisfaire ses caprices ou d'exercer un despotisme arbitraire; il est le moyen de remplir, selon ses propres aspirations et selon sa conscience, sans être entravé par des règles de droit gênantes, la mission que la famille lui impose et les devoirs qu'une voix intérieure lui commande. Reconnaître la *potestas* au chef de la famille c'est faire de la maison romaine ce qu'elle doit être, le sanctuaire inviolable de l'amour. La *potestas* donne au père de famille le moyen juridique de réaliser cette destination de la maison, d'écarter les discordes venant de l'extérieur, d'étouffer dans leur germe celles qui naîtraient à l'intérieur. Elle résume cette proposition négative : Nul tiers n'aura le *droit*

([306]) Que l'on se représente par exemple le chapitre du *debitum conjugale* comme objet d'une réglementation *juridique* (la littérature casuistique des talmudistes et des jésuites a produit, sous ce rapport, des choses incroyables), ou comme l'objet d'un procès devant des tribunaux matrimoniaux ! Que l'on se souvienne de la disposition d'un code moderne imposant à la mère le devoir d'éclairer sa fille sur la mission sexuelle de la femme, à l'époque de sa puberté, etc.

d'intervenir dans nos affaires; et encore celle-ci : Les dissentiments intérieurs de la famille ne pourront *juridiquement* se débattre hors de la maison romaine. Une action entre les membres de la famille, soit du chef contre les siens, soit de ceux-ci contre lui, est une impossibilité juridique (307). Il appartient au chef de la famille d'aplanir tous ces dissentiments; il est le juge de la famille romaine (*domesticus magistratus*) (308); s'il ne parvient à rétablir la concorde, il ne doit s'en prendre qu'à lui-même; s'il avait, dès le principe, su maintenir la discipline dans sa maison, l'autorité nécessaire ne lui aurait pas fait défaut. Cette autorité est pleinement indépendante de la supériorité de la force physique (309), elle est toute morale. L'opinion du peuple l'a, d'avance, si intimement confondue avec la position du chef de famille romain, qu'elle peut bien, dans un cas particulier, être démentie en fait par une éclatante incapacité, mais que jamais elle n'exige pour son acquisition un effort individuel particulier : le chef de famille la trouve toute établie. Lorsque cette autorité vient à péricliter entre ses mains, il peut, s'il veut user de son pouvoir, s'aider lui-même; l'État ne l'aide point. Un attentat violent de l'enfant contre ses parents était considéré comme un forfait épouvantable entraînant la peine du *sacer* (310).

Le chef de la famille exerce cette autorité, non-seulement dans son propre intérêt, mais aussi dans celui de ses subor-

(307) L. 16 de furt. (**47**-2). *Ne cum filio familias pater furti agere possit, non juris constitutio, sed natura rei impedimento est, quod* NON MAGIS CUM HIS, QUOS IN POTESTATE HABEMUS, QUAM NOBISCUM IPSI AGERE POSSUMUS.

(308) SENECA, de benef. 3, 11.

(309) CIC., de Senect. 11. *Quatuor robustos filios, quinque filias, tantam domum, tantas clientelas Appius regebat et* SENEX *et* CAECUS... *tenebat non modo auctoritatem, sed etiam imperium in suos, metuebant servi, verebantur liberi, carum omnes habebant ; vigebat illa in domo patrius mos et disciplina.*

(310) FESTUS, s. v. *plorare.*

donnés, voire même dans l'intérêt de l'État : elle n'est pas un simple droit seulement, elle est un *devoir*, une fonction. La puissance paternelle et maritale comporte en même temps la tutelle sur les personnes qui y sont soumises : elle impose le devoir de les protéger contre les injustices du dehors et de les représenter. L'injustice qu'elles ont subie de la part d'un étranger donne, au chef de famille seul, une action : la partie lésée, en droit, c'est lui-même. C'est contre lui que se dirige l'action, lorsque les personnes sous sa puissance ont fait du tort à un tiers. Dans les deux cas l'action dépend de lui ; seulement, dans le second cas, il doit, lorsqu'il décline la défense, abandonner l'auteur du dommage pour satisfaire son adversaire (*noxae dedere*).

Cette autorité est en même temps une *fonction* qui lui est confiée par l'État, et qui engage sa responsabilité. Il a un pouvoir illimité sur les siens afin de les bien élever, de les maintenir dans les voies de la discipline et de l'ordre : c'est le pouvoir d'un juge, non celui d'un tyran ([311]). Aussi les fautes des siens retombent-elles sur lui comme de graves accusations; elles attestent qu'il a mal maintenu la discipline ([312]), et il ne peut se laver du reproche de complicité que par la punition rigoureuse du coupable. Mais il faut que se soit une *punition*, c'est-à-dire un acte de justice arraché, comme celui de Brutus, au cœur paternel ; des mauvais traitements exercés dans l'effervescence de la colère rendraient le père lui-même passible d'une peine, et devant le peuple, le mettraient dans une position grave ([313]).

C'est ainsi que la maison romaine est un domaine indépendant, isolé du monde extérieur, grâce à la puissance du chef

---

([311]) Domestici magistratus, *sub quorum custodia continerctur domus*. Seneca de benef., 3, 11.

([312]) Cic. de republ., IV, 6 : *sit censor, qui viros edoceat mulieribus moderari.*

([313]) Notes 192, 351.

de famille, c'est une oasis pleine de fraicheur dans le désert aride du droit. La nature entoure volontiers certaines parties délicates d'une enveloppe protectrice; de même la rude et dure écorce de cette puissance n'a d'autre but que de protéger les rapports les plus intimes de la vie morale contre toutes les influences extérieures, d'écarter tout contact nuisible avec le monde extérieur, tout courant de droit prosaïque, et de rendre possible le déploiement le plus libre de la vie intime.

Voilà ce que j'ai voulu désigner plus haut (p. 155), en parlant de la concentration *intérieure* de la famille romaine, assurée par sa constitution. Grâce à elle, la maison romaine est un séjour de paix et un inviolable refuge ([314]).

Elle brille d'une beauté et d'un attrait extraordinaires, cette organisation, dans laquelle la puissance domestique ferme au droit l'accès dans la famille. Mais encore faut-il que ces formes mortes en elles-mêmes soient animées par un véritable esprit moral. En était-il ainsi dans la Rome antique? C'est ce que nous allons rechercher de suite. Notre droit actuel, et déjà le droit romain postérieur, ont repoussé cette puissance domestique illimitée, ou ce qui revient au même, le droit a fini par dominer au sein de la famille. Je ne veux pas méconnaître la légitimité relative de ce changement, bien qu'il n'y ait pas lieu, convenons-en, d'en tirer vanité. Nos mœurs d'aujourd'hui paraîtraient inconvenantes à un Romain ancien, tout autant que nous répugneraient les mœurs romaines. Que l'enfant puisse, depuis sa naissance, posséder un patrimoine propre; qu'il puisse être riche, tandis que son père est pauvre; que le fils, à son gré, puisse intenter un procès à son père, ou à un tiers quelconque([315]);

([314]) *Totaque domus, quae spectat in nos neque aliud habere potest perfugium.*

([315]) Une action de l'enfant *émancipé* était possible même à Rome; la logique aurait exigé de l'accorder sans restriction, mais les sentiments de piété et de convenance étaient plus forts à Rome que la logique elle-même. Les

que le père n'ait à sa disposition aucun moyen *juridique* pour ramener la discipline, pour rappeler à l'ordre le fils devenu indépendant ou oublieux de ses devoirs et de son honneur; que pour obliger la femme à remplir ses devoirs, le juge doive venir au secours du mari : ce sont là des principes dans lesquels un Romain de l'époque antique n'aurait vu que des règles contre nature.

Étudier l'aspect réel sous lequel se présentait la puissance de famille dans la vie romaine, est le meilleur moyen de nous rendre compte de son véritable sens, et de sa véritable destination. Il importe ici de nous dégager des préjugés régnants au sujet de la vie de famille à Rome. Il est incroyable combien le droit abstrait a induit en erreur les philologues et les philosophes ([316]), non moins que les juristes, dans leur appréciation

actions contre les parents avaient besoin d'une autorisation expresse du Préteur, L. 4, § 1, L. 6-8, pr. de in jus voc. (2-4), et lorsqu'elles avaient quelque chose de blessant pour le sentiment, elles n'étaient assurément pas accordées. Les Romains préféraient voir les enfants subir une injustice de la part de leurs parents, que de voir ceux-ci trainés devant la justice par eux, sans les motifs les plus impérieux.

([316]) De la part des juristes habitués à s'en tenir aux abstractions du droit, il fallait s'y attendre ; mais les philosophes et les philologues auraient dû voir la vérité bien plus tôt. Rien n'est plus erroné que ce que dit, par exemple, à ce sujet Hegel, *Philos...* (Philos. de l'hist.), 2 éd., p. 348 : « Dans la vie des Grecs, l'amour et les liens de la famille avaient une » existence... La rudesse sauvage des origines de la vie romaine excluant » les sentiments de la moralité naturelle, donna naissance à la rudesse » qui y règne à l'égard des rapports de famille, rudesse égoïste qui forme » pour la suite le caractère fondamental des usages et des lois de Rome... » p. 350 : « ainsi sont dénaturés et pervertis les principes les plus fondamen- » taux de la moralité ». On trouve des appréciations analogues chez les philologues. Ruperti, *Handbuch...* (Manuel des antiquités romaines), 1 part. p. 270 dit : « La vie de famille elle-même était impuissante à éveiller » et à ranimer la délicatesse des sentiments, *car le lien délicat de l'amour* » *n'enchaînait et ne réunissait pas les membres de la famille ;* (!) le père

de la vie de famille romaine. On a d'avance dénié que le masque de la *patria potestas* et de la *manus* ait pu cacher une figure humaine. Il est certain que si l'on fonde son opinion sur le caractère du peuple romain, uniquement sur sa conduite publique, sur sa dureté impitoyable envers les ennemis et les peuples soumis, sur son manque d'égards dans les relations civiles, etc., on peut se croire dispensé d'examiner si l'on peut conclure avec raison de l'existence du *droit* de famille à celle d'une *vie* de famille. Mais c'est un phénomène fréquent, qui l'ignore? que ce sont précisément les natures énergiques, qui savent réunir deux côtés en elles, l'un rigoureux, âpre, rude, qu'elles montrent au monde extérieur; l'autre doux, tendre, intime et sentimental, qu'elles réservent pour leurs rapports avec les leurs — une rude écorce enveloppant un fruit plein de douceur! Le sentiment se retranche derrière les replis les plus étroits de la vie de famille à mesure qu'il trouve moins, au dehors, l'occasion de se manifester. Cette compression du sentiment est précisément ce qui lui donne souvent, pour le petit espace dans lequel il se trouve refoulé, une intimité, une intensité et une surprenante délicatesse d'expression que l'on chercherait vainement chez ces natures où le sentiment éclate de toutes parts.

Le Romain au dehors, c'est-à-dire dans la vie des affaires comme dans celle de la politique, et le Romain dans l'intérieur de la famille sont deux hommes entièrement différents. Là il

» était le *dominus*, le maître de sa maison. » On comprend cette opinion lorsqu'on connait l'inconsistance de cet auteur. Mais lorsqu'un observateur profond et un connaisseur exact de l'antiquité romaine, comme Rein (dans la 2e édit. du Gallus de Becker, t. 2, p. 470) ne peut se dégager du préjugé habituel, quant à la *patria potestas*, cela prouve combien ce préjugé est enraciné. Au surplus, si un juriste, un philosophe ou un philologue quelconque, à mon insu, a exposé une opinion plus exacte, je proteste que l'observation ci-dessus n'a pas eu pour but de l'atteindre; elle n'a eu en vue que de montrer quelles appréciations erronées ont cours à ce sujet, en général.

ne connait pas la pitié; l'égoïsme romain poursuit sans égards la voie une fois tracée. Dans le sein de la famille, nous apprenons à le connaître sous une face qui nous réconcilie avec lui, et qui rétablit victorieusement l'équilibre moral avec d'autres peuples, par exemple avec les Grecs.

Maintenir l'union des membres de la famille, sauvegarder le lien de la famille, voilà ce qui a formé de toute antiquité le trait fondamental du caractère romain (317). Nous avons vu dans la constitution de la gentilité, décrite au tome précédent, que cette idée était un principe essentiel du droit public. On ne saurait donc concevoir une plus grossière erreur, que de parler, comme on le fait, de « l'indifférence des Romains pour la famille, » de leur « rudesse dans les rapports de famille ! » A Rome, où la famille était si bien considérée comme la synthèse de l'existence morale toute entière, que la sortie de la famille pour passer dans une famille étrangère, entraînait une *capitis deminutio !* A Rome, où les usages avaient assuré aux parents une influence dont nous, qui nous vantons si volontiers de notre *vie de famille*, nous n'avons seulement pas d'idée ! Mais, dit-on, l'élément de l'amour fait défaut à la famille romaine ! Comme si l'organisation de la famille à l'époque la plus antique n'avait pas eu pour base l'affection, la fidélité, en un mot l'amour de la famille; comme si, après tout, l'amour devait se montrer dans les lois ! A ne voir que celles-ci, il est vrai, on ne peut trouver trace de l'amour dans le système dont il s'agit ici (*quae omnia*, ainsi que dit SÉNÈQUE dans le passage qui nous a servi d'épigraphe, *extra publicas tabulas sunt*); les lois s'en tiennent à la personne abstraite. Il n'est pas question, dans le droit abstrait, de la continuité des races, de la cohésion de la famille, etc.; sa principale mission était d'exposer dans toute sa pureté la *personnalité atomistique*, livrée exclusivement à elle-même, non

(317) La vie en commun des 16 AELIUS dans une seule maison, mentionnée par VAL. MAX, 4, 4, 8 en est le plus bel exemple.

pas dans le but de peupler le monde romain de pareilles abstractions, qui l'auraient immédiatement conduit à sa perte, mais pour abandonner à la libre action de l'esprit moral ce que la législation, à elle seule, ne pourrait atteindre.

Ce sont donc les usages qu'il s'agit de consulter. Or, si nous nous demandons : comment la vie de famille était-elle organisée, nous pourrions conclure avec certitude, de tout ce que nous savons sur l'époque antique, même si nos sources nous refusaient toute réponse à cet égard, qu'elle doit avoir été parfaitement pure et à l'abri de toute critique au point de vue moral. La famille est l'école morale de l'individu, des époux aussi bien que des enfants ; elle est, par cela même, la source dans laquelle l'esprit moral, la force morale du peuple viennent toujours se compléter et se retremper. Si cette source est empoisonnée, elle conduit irrémédiablement le poison au travers de l'organisme tout entier. Or, si celui-ci est sain, on est autorisé à en conclure que la famille doit être saine, elle aussi. Cette corrélation entre la moralité nationale et la famille, est assez évidente pour Rome ancienne. La plupart des vertus antiques de Rome : l'économie, la simplicité, l'amour de l'ordre, la chasteté, la fidélité ont précisément le rapport le plus intime avec la vie domestique et la famille, elles trouvent dans cette dernière leur cause morale, leur point de départ et leur milieu vivifiant.

Mais il reste bien possible, objectera-t-on, que le chef de la famille romaine, au lieu d'être un époux et un père, n'ait été qu'un tyran domestique, inspirant la terreur aux siens; qu'à son seul aspect, la franchise et la gaîté aient dû s'évanouir, que sous sa main de fer, la crainte seule et l'obéissance aveugle aient régné, faisant fuir l'amour et tout ce qui fait le charme de la famille, la confiance et la familiarité, le calme, la facilité et la douceur des relations. En fait, l'expérience le prouve, c'est cette image d'un tyran domestique que tout homme qui lit les expositions abstraites du droit de la famille romaine,

telles qu'elles sont encore en usage aujourd'hui ([318]), emporte, et doit emporter avec lui. Voyons si, à cette image, nous pouvons en opposer une autre moins repoussante.

Représentons-nous d'abord la position de la femme romaine dans la famille et dans la société. Si l'homme est le despote que l'on nous dépeint, cette position sera, non celle d'une épouse, mais, comme en Orient, celle d'une esclave, ou comme en Grèce, celle d'une ménagère ou d'une concubine. En réalité, la femme romaine était la compagne de son mari dans la plus large acception du mot. Aucun peuple du monde ancien, sans en excepter les Grecs ([319]), n'a donné à la femme une place aussi honorable dans la société, que les Romains. Je doute même que chez les peuples modernes les plus civilisés, la femme jouisse d'une estime et d'un respect plus élevés que dans cette Rome antique, où elle était sous la *manus* du mari, et sous la tutelle de ses parents. La femme, d'après les idées des Romains, n'était pas seulement complètement l'égale de l'homme, non seulement elle ne lui cédait en rien sous le rapport social ([320]), contrairement à ce qui se passait chez tous les peuples antérieurs à

([318]) L'écrit cité plus haut (note 295) de LABOULAYE, Recherches sur la condition civile et politique des femmes, Paris 1842, est encore écrit tout entier sous l'influence de la conception juridique abstraite, mais je me réjouis de pouvoir constater que l'opinion développée ci-dessus a exercé une influence décisive sur un nouvel ouvrage français sur la même matière, celui de PAUL GIDE (note 295), v. p. 108 s. 125 s., qui mérite une place distinguée à côté de celui de LABOULAYE.

([319]) Les Romains se rendaient fort bien compte de cette différence avec les Grecs. V. par ex. CORNEL. NEPOS. Praef : *quem enim Romanorum pudet uxorem ducere* IN CONVIVIUM, *aut cujus non materfamilias* PRIMUM LOCUM *tenet aedium atque in celebritate versatur ? Quod multo fit aliter in Graecia, nam neque in convivium adhibetur nisi propinquorum, neque sedet ni in interiore parte aedium, quae γυναικωνῖτις appellatur, quo nemo accedit nisi propinqua cognatione conjunctus.*

([320]) BECKER, Gallus, t. 2, p. 6.

Rome, mais elle jouissait d'un respect plus grand, elle était plus honorée. La rigueur avec laquelle on tenait à ce que le décorum fut observé aussi bien à l'égard des femmes ([321]), que par elles ([322]), la susceptibilité que l'on montrait sous ce dernier rapport, la pureté morale et la vertu immaculée ([323]) que l'on exigeait d'elles, l'influence qu'on leur accordait, le principe de la monogamie qui était propre aux Romains depuis toute antiquité, tous ces traits et d'autres encore ([324]), témoignent claire-

([321]) K. Wächter, *über Ehescheidungen...* (Du divorce chez les Romains), p. 11 s. en rapporte plusieurs exemples, par ex. on devait les éviter dans la rue ; le licteur pouvait se faire faire place par toute personne, même par le père du consul, mais non par les matrones; il était sévèrement défendu de dire ou de faire quelque chose d'inconvenant en leur présence ; dans l'*in jus vocatio,* on ne pouvait point les toucher, etc.

([322]) Val. Max., 6, 3, 9-12 donne une quantité de preuves éclatantes de la rigueur extraordinaire des Romains sous ce rapport. En général les Romains étaient, en ce qui concerne les convenances extérieures et le bon ton, beaucoup plus susceptibles qu'on ne le croit, plus même que nous ne le sommes nous-mêmes. C'est ainsi par ex. qu'un censeur expulsa du Sénat un sénateur qui avait embrassé sa femme en présence de sa fille majeure. Plut., Cato major, c. 17. Cic. de off., I, 35. Val. Max., 1, 1 .7... *nec pater cum filio pubere, nec socer cum genero lavabatur.. quia inter ista tam sancta vincula non minus quam in aliquo sacrato loco nudare se nefas esse credebatur.* V. encore ibid. 6, 1. 8 : *promissorum matrifamilias nummorum gratia (stuprosa mente) diem ad populum dixit eumque hoc uno crimine damnando.*

([323]) L'Oriental exige aussi la chasteté de sa femme, mais ce n'est pas dans l'intérêt de celle-ci, mais bien dans le sien propre. A Rome, on exigeait la chasteté de la femme, pour elle-même, la perte en était considérée comme plus grave que celle de la vie ; c'est pour cela que Virginius tua sa fille et son exemple fut imité. V. par ex. Val. Max., 6, 1. 3, 6; c'est dans ce sens que Sen., (fragm. XIII, 70, éd. Haase, vol. III, p. 431) désigne l'époque antique comme un : *seculum, quo impudicitia monstrum erat, non vitium !*

([324]) Statues élevées à des femmes, v. Plin., H. N. 34, 11, 13, 14. La *solennis post mortem laudatio.* Tite-Live, V. 50. Sueton. Caes. 6. Pré-

ment de l'idée élevée que les Romains se faisaient de la mission et de la dignité de la femme. La position des femmes ressort d'une manière particulièrement remarquable du rôle qu'elles jouèrent dans l'histoire romaine. Le souvenir romain glorifiait avec reconnaissance la mémoire des femmes qui avaient donné des exemples éclatants de fidélité, de chasteté et d'autres vertus féminines. La légende et l'histoire romaine, bien qu'elles eussent comme celles de pas un autre peuple l'occasion d'exalter des vertus propres aux hommes, cherchaient cependant avec une prédilection très marquée à rapporter à des femmes, même les événements les plus importants ([325]). La première guerre de Rome éclate à cause d'elles, et menace d'étouffer Rome dans son germe : mais les femmes ravies, attachées à leurs maris par l'amour, sauvèrent Rome et refusèrent de retourner dans leur patrie. Selon la légende, on les récompensa en donnant aux curies les noms des femmes. Vrai ou faux, ce trait est hautement caractéristique. L'expulsion des Rois se rattache à Lucrèce, la chûte du décemvirat à Virginie : rois et décemvirs ne firent déborder la mesure de l'indignation qu'ils excitaient, et ne firent changer la colère en révolte, que lorsque leur arbi-

---

sence des femmes aux fêtes, note 319 et Tite-Live, V, 31 ; XLV, 2. Convocation et délibération des femmes, ib. XXXVII, 37.

([325]) Les Romains eux-mêmes avaient parfaitement conscience de cette prédilection. Caton l'ancien, auquel on ne peut pas précisément reprocher un respect enthousiaste pour le sexe féminin, avait relevé ce fait dans ses *Origines* (Tite-Live, XXXIV, 5) et l'avait appuyé d'une série d'exemples. Dans les débats sur l'abrogation de la loi Oppia (Tite-Live, ib. 2-7), il fut condamné à entendre ses adversaires le combattre lui-même avec des armes puisées dans son propre livre. Paul Gide remarque avec raison, (p. 111) : « que ces héroïnes de l'ancienne Rome ne sont jamais, comme en » Grèce, des courtisanes ; ce sont toujours des vierges pures, des épouses » fidèles, des mères dévouées, et c'est leur inviolable attachement aux » modestes devoirs, aux humbles vertus de leur sexe, qui fait toute leur » grandeur. »

traire s'exerça contre une femme. Coriolan, qui tenait le salut de Rome entre ses mains, ne consentit à déposer les armes, que grâce aux supplications de sa mère ([326]) et à celles des matrones romaines, après que tous les autres moyens, pour l'apaiser, eurent été épuisés. Un des événements les plus importants de la République, l'accession des plébéiens au consulat, dont on fait un titre à Licinius Stolo, trouve plutôt sa cause dans un motif tout personnel, l'orgueil de sa femme ([327]) : la mémoire des deux Gracques est à jamais inséparable de celle de la mère qui les éleva. Un autre exemple curieux de l'influence qu'exerça le sexe, fut l'abrogation de la loi Oppia (sur le luxe des femmes) : l'autorité d'un Caton même se brisa contre cette influence ([328]). Il est impossible que chez un peuple qui

([326]) Peter, *Gesch.*, (Hist. de Rome), t. I, 148 dit avec raison que cette légende témoigne de la haute idée qu'avaient les Romains de la dignité de la femme, et surtout de la grande considération et de l'influence importante dont jouissait la mère dans la famille. Coriolan ne pouvait donner une plus forte preuve de son amour pour sa mère qu'en lui reconnaissant plus d'empire sur lui qu'à l'amour de la patrie lui-même.

([327]) Tite-Live, VI, 34. La légende rapporte un fait analogue de Tanaquil, épouse de Tarquin l'ancien. Tite-Live, I, 34. V. aussi l'histoire de Tarquin le superbe, Tite-Live, I, 46 : *initium turbandi omnia* A FOEMINA *ortum est.* En présence de tous ces faits on songe involontairement à la question devenue proverbiale : où est la femme ?

([328]) V. le réjouissant tableau de l'agitation des femmes, dans Tite-Live, XXXIV, 1. *Matronae nulla nec auctoritate nec verecundia* NEC IMPERIO VIRORUM *contineri limine poterant ; omnes vias urbis aditusque in forum obsidebant... etiam ex oppidis conciliabulisque conveniebant. Jam et consules praetoresque et alios magistratus adire et rogare audebant,* c. 8... *aliquanto major frequentia mulierum postero die sese in publicum effudit, unoque agmine omnes tribunorum januas obsederunt, qui collegarum rogationi intercedebant, nec ante abstiterunt, quam remissa intercessio ab tribunis esset !* Je recommande la lecture du récit de Tite-Live à tous ceux qui seraient tentés de s'apitoyer sur la prétendue oppression sous laquelle vivaient les femmes à Rome. On pourra y puiser la conviction consolante

faisait une pareille place à la femme, le mariage ait pu, comme en Orient, en faire une esclave. Plus que partout ailleurs, l'influence de la femme devait s'exercer dans l'intérieur de la maison : le respect que l'on avait pour elle, comme femme, était plus profond encore pour l'épouse et pour la mère. Rome ne pouvait pas, comme on voudrait nous le faire croire, méconnaître le caractère du mariage : elle devait au contraire, en avoir une conception plus digne et plus pure, qu'aucun autre peuple antérieur. C'était le cas en effet. Oublions un instant l'aspect juridique abstrait du rapport; considérons-le dans sa manifestation extérieure et matérielle, et rappelons-nous l'idée naturelle que les Romains eux-mêmes y attachaient. Le mariage constituait un rapport sacré; il fondait une communion religieuse entre les deux époux, et pour ce motif, recevait une consécration religieuse lorsqu'on le célébrait ([329]). A ce mariage *ancien* s'appliquait la définition célèbre du mariage romain ([330]),

---

que les Romains non plus n'ont pas échappé, en ce qui concerne leur pouvoir marital, à l'expérience que nous faisons, nous, en ce qui concerne la disposition biblique : « et il sera ton *Seigneur* ». TITE-LIVE, (c. 3), y fait dire par CATON : *recensete muliebria jura, quibus omnibus constrictas vix tamen continere potestis*, c. 4 : *simul lex modum sumtibus uxoris tuae facere desierit, tu numquam facies !* V. aussi les aveux des hommes mariés, et leurs plaintes sur la conduite des femmes dans PLAUTE, Asin., 1, 1, 73, 5, 2, 49. AULUL., 3, 5, 14 à 62. CIC., Parad., 6, 2 : *ille liber, cui mulier imperat, cui leges imponit, praescribit, jubet, vetat*, et surtout les paroles attribuées à CATON par PLUTARQUE, (Reg. Apoph. Cato. 3), et suivant lesquelles, partout ailleurs, c'étaient les hommes qui commandaient aux femmes, mais à Rome, qui commandait au monde entier, c'étaient les femmes qui gouvernaient les hommes.

([329]) Ce caractère religieux n'était pas restreint à la *confarreatio* seule. V. à ce sujet ROSSBACH, *l. c.*, sect., IV, p. 254, 328.

([330]) L. 1 de R. N. (23-2) : *consortium omnis vitae, divini et humani juris communicatio*. § 1. I. de patr. pot. (1-9), *individuam vitae consuetudinem continens*. L. 4, Cod. de crim. exp. her. (9-32). TITE-LIVE, I, 9, fait dire à Romulus que le mariage est la *societas fortunarum omnium civitatisque*.

définition qui aux yeux d'un ignorant, paraîtrait exprimer l'idée chrétienne du mariage; pour l'époque ancienne elle était une vérité, pour l'époque postérieure, qui nous l'a transmise, elle n'était plus qu'une réminiscence. On sait l'immense contraste que présente la vie conjugale à ces deux époques : d'un côté les mœurs sévères de l'antiquité, de l'autre la frivolité, l'affreuse démoralisation et le dévergondage de l'époque postérieure. Là, malgré la dissolution possible, en droit, du mariage, le divorce une rareté (331), ici, malgré toutes les lois, l'adultère et le divorce à l'ordre du jour. C'est une confirmation nouvelle de la vérité de cette observation souvent faite, que le mariage est le baromètre de la moralité d'un peuple.

L'idée naturelle telle qu'elle régnait dans la vie romaine, et se reflète même dans des déductions juridiques, faisait du patrimoine des époux une chose commune (332) : elle voyait dans la

V. aussi DENYS D'HALYC., 2, 25, κοινωνία ἱερῶν καὶ χρημάτων. CIC. de off. I, 17, 54 : *prima societas in ipso conjugio est, proxima in liberis, deinde una domus, communia omnia.*

(331) C'est au moins ce qui résulte de la légende connue que le divorce de SP. CARVILIUS, (520 av. J.-C), aurait été le premier de tous. GELL., XVII, 21. VAL. MAX., 2. 1, 4. Un divorce sans motif est un *delictum non modicum.* L. 9, § 3 de minor (**4-4**).

(332) COLUMELLA de R. R. Praef. *Nihil conspiciebatur in domo dividuum, nihil quod aut maritus aut femina proprium esse juris sui diceret.* L. 1, § 15 de Sc. Silan, (**29-5**), *commixta familia et una domus.* L. 1 rer. amot. (**25-2**).. *quibusdam existimantibus, ne quidem furtum eam facere, ut Nerva, Cassio, quia societas vitae quodammodo* DOMINAM *eam faceret.* Aussi les époux désignaient-ils leur patrimoine comme commun, v. par exemple l'inscription tumulaire de TURIA, II, v. 37, (dans la revue : *Zeitsch. für. Rechtsgesch.*, t. 5, p. 166) : *Neque matrimonii, quod adhuc fuerat commune, separationem facturam, nihil sejunctum, nihil separatum te habituram,* et I, 38 : *officia ita partiti sumus, ut ego tutelam tuae fortunae gererem, tu meae custodiam sustineres.* C'est pour cette raison que dans la vie, on admettait même une succession du mari au bien de la femme décédée, dans un mariage avec *manus,* tandis qu'en droit la

femme, la maîtresse et la régente de la maison (333). La nature du rapport de fortune, tel qu'il existait pour le mariage avec *manus* d'après la rigueur du droit, avait peu de réalité dans la vie habituelle. Tout comme aujourd'hui, l'épouse romaine considérait ses choses dotales comme propres (334), après comme avant le mariage, et malgré qu'elles fussent entrées dans la propriété du mari. Elle disposait seule de ses objets de valeur (335); et un mari qui aurait essayé de mettre en pratique la théorie légale de sa propriété illimitée sur les choses dotales de sa femme, se serait créé une position des plus fausses. Par rapport aux immeubles dotaux, la *lex Julia de fundo dotali,* érigea même en droit cette position de fait de la femme : elle exigea le consentement de la femme pour l'aliénation de ces immeubles. L'importance pratique du système romain quant aux biens des époux, comme celle de tous les systèmes en cette matière, en général, réside moins dans les rapports des époux entre-eux — (si ces rapports sont ce qu'ils doivent être, il y a toujours, en fait, communauté de biens entre eux, c'est-à-dire communauté de disposition) — que dans leurs rapports avec des tiers, parti-

---

mort de la femme ne changeait rien au rapport de fortune. SERV. ad Aen. 7, 424 *sibi invicem succedebant.*

(333) MACROB., Saturn. 1, 15... *postridie autem nuptam in domo viri* DOMINIUM *incipere oportet apisci et rem facere divinam.* DIONYS., 2, 25. PLAUT. Casina prol., 44 : *herae,* ASIN., 3, 1-2, 6 : *matris* IMPERIUM.

(334) PLAUT., Asin., 1, 72 : DOTALEM *servum adduxit uxor tua, cui plus in manu sit quam tibi.* Miles glor., IV, 6, 62-63. *Quin tua causa exegit virum a se — Quid ? qui id facere potuit ? — Quia* AEDES DOTALES HUJUS *sunt.* V. aussi la L. 30 Cod. de jure dot. (**5**-12).. *et naturaliter permanserunt in ejus dominio.* L. 3, § 5 de minor. (**4**-4), *ipsius filiae proprium patrimonium.* L. 71 de evict., (**21**-2), L. 75 de jure dot. (**23**-3), L. 4 de coll bon. (**37**-6). La formule du divorce était : TUAS RES *tibi habeto.* L. 2, § 1 de divort. (**24**-2).

(335) Ainsi par ex. les matrones disposaient seules de l'or qu'elles possédaient. TITE-LIVE, V, 25, 50. FESTUS v° *matronis.*

culièrement avec les créanciers en cas de concours. Quel que soit du reste le système établi par la loi, dans l'intérieur de la maison ce n'est plus la loi qui gouverne, ce sont les relations des époux entre eux qui règlent la situation. Plus loin, à l'occasion des tribunaux de famille, je montrerai ce qui en était du *jus necis ac vitae* du mari sur la femme.

Il est donc pleinement démontré que le fondement de la puissance maritale ne repose nullement sur une conception du mariage dans laquelle se trahirait une infériorité morale. Toutes ces déclamations sur la grossièreté des Romains, sur l'absence de l'amour ([336]), etc., n'attestent qu'une ignorance complète du caractère du peuple romain et de sa vie. On ne rencontre pas la moindre trace de pareille appréciation chez les Romains, même chez ceux de l'époque postérieure, qui cependant avaient la délicatesse du sentiment assez développée pour émettre un jugement exact en pareille matière. Lorsqu'ils parlent des barbaries prétendues ou réelles de l'ancien droit ([337]), ils ne songent nullement à la *manus,* ni pour la blâmer, ni pour l'excuser. Et cependant l'époque postérieure voyait déjà loin derrière elle ces temps d'une civilisation inférieure, dont la puissance maritale ne serait, voudrait-on prétendre, qu'une émanation. Comment expliquer qu'une époque si raffinée pour le reste, aurait conservé ce legs barbare d'un âge primitif. Dans les derniers temps de la République, il est vrai, la puissance maritale disparut. La mode du mariage sans *manus* devenait de plus en plus générale. Et même dans le mariage avec *manus,* cette puissance ne resta

---

([336]) Les traits sublimes de l'amour le plus profond ne manquent pas au monde romain. Mais je n'ai pas à les réunir ici : je renverrai par ex. à Valerius Max., 5-6, 2 : *morte uxoris audita doloris impotens pectus suum gladio percussit,* et je rappellerai la belle manifestation d'amour conjugal contenue dans l'inscription funéraire de Turia, (note 332).

([337]) Par exemple dans la critique de l'ancien droit par Favorinus, dans Gellius, XX, 1.

plus, en fait, qu'une simple fiction. Loin d'y trouver un progrès, les meilleurs esprits n'y virent, et à bon droit, que le signe d'une démoralisation qui allait grandissant (338).

Quelques mots suffiront pour peindre l'aspect que la *puissance paternelle* prenait dans la vie. Du temps des Romains la discipline et l'éducation des enfants étaient incontestablement plus sévères qu'aujourd'hui. La discipline rigoureuse qui régnait dans la famille, les habitudes d'ordre et d'obéissance qui s'y contractaient, tournaient tout à l'avantage de l'État. Mais la *patria potestas* ne conférait pas le droit de tyranniser les enfants; l'amour devait en être le principe vivifiant : le père avait un *devoir* d'éducation. Les Romains eux-mêmes ne se sont pas dissimulé (339)

(338) Par ex. CATON dans son discours pour la loi Oppia, TITE-LIVE, XXX, c. 2-4.

(339) TITE-LIVE, I, 9 : *nihil carius humano generi.* Sur l'esprit dans lequel elle doit être exercée, v. L. 5 de leg. Pomp. de Parric. (48-9)... *patria potestas in pietate debet, non in atrocitate consistere.* TERENT., Adel., 1, sc. 1. CIC., ad Att., 10, 4 : *indulgentia nostra depravatus,* 14, 17. Sur la position de fait des enfants, sous le rapport de la fortune, L. 11 de liber. et post. (28-2). *In suis heredibus evidentius apparet* CONTINUATIONEM DOMINII *eo rem perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse*, QUASI OLIM HI DOMINI ESSENT, *qui etiam vivo patre quodammodo domini existimantur... Itaque post mortem patris non hereditatem percipere videntur, sed magis* LIBERAM BONORUM ADMINISTRATIONEM *consequuntur.* L. 1, § 12 de succ. ed. (36-9) : *poene ad* PROPRIA *bona veniunt*, L. 50, § 2 de bon. lib. (38-2). CAPITOL MARCUS, cap. 5 : *res sua.* Tel est aussi le motif de la *retentio propter liberos* dans la dot, BOETH. sur CIC., Top., c. 4, (ORELLI, p. 303), *quare quoniam quod ex dote conquiritur,* LIBERORUM EST, QUI IN PATRIA POTESTATE SUNT, *ut apud virum necesse est permanere,* et de la dispense des droits de succession. PLIN., Paneg. 37. Sur l'exhérédation v. SÉNÈQUE de clem., 1, 14. C'est pour ce motif que les enfants mêmes sont appelés *domini* et *heri,* par ex. dans PLAUTE, Capt. Prolog. 18 : *domo quem profugiens* DOMINUM *abstulerat, vendidit,* Asin., II. 2, 63 *herus major.. minor hic est intus,* Capt., III. 5, 49 *herum servavi* (le fils)... *cui me custodem addiderat herus major meus.* De là la *cura prodigi* sur le père

ces vérités. Si la *patria potestas* avait été, en réalité, un rapport arbitraire, qui se serait laissé *arroger?* qui aurait volontairement échangé son indépendance et sa spontanéité, contre le sort d'un esclave ?

Nous avons réservé pour la fin un fait décisif, où les deux puissances dont il s'agit se montrent sous leur véritable jour. Aux influences de fait déjà souvent mentionnées, qui modéraient et déterminaient dans toutes ses manifestations l'action illimitée de l'individu, venait s'en ajouter une infiniment plus importante pour la vie de famille, à savoir : la famille elle-même, c'est-à-dire l'ensemble de tous les parents. La coutume, en créant les *tribunaux de famille,* rétablit la cohésion naturelle et morale de l'individu avec sa famille, qui avait perdu sa forme juridique avec la disparition de la gentilité.

Vague et flexible (ainsi que nous avons appris à la connaître

dans l'intérêt des enfants. Il en était du *peculium* des enfants comme de celui des esclaves, sauf qu'il était souvent beaucoup plus considérable. Beaucoup de *filii familias* possédaient déjà pendant la vie de leur père une fortune importante ; ils avaient un train de maison propre, et faisaient de grandes dépenses, sans que leur incapacité de posséder une fortune personnelle ait jamais eu une conséquence pratique. Peut-on supposer qu'un père aurait, par pur caprice, enlevé tout-à-coup, la fortune à un fils qui occupait une position prépondérante dans la vie, qui était revêtu des plus hautes dignités, qui avait une famille propre, etc. ? Cela est bien vite écrit, mais dans la vie, les choses ne se passent guères ainsi. A l'époque la plus ancienne, on rencontre déjà un pareil train de maison séparé avec indépendance de fait du fils majeur. Quelques auteurs mentionnent chez Sp. Cassius, l'auteur de la première loi agraire, (an 261 av. J.-C.) un *peculium*. Val. Max., 5, 8. 2. 6, 3. 1, (*domum*). Tite-Live, II, 41, (.. *signum inde factum et inscriptum : ex cassia* FAMILIA *datum*). Dionys., 8, 78 est embarrassé par ce que ses sources attribuent à Cassius une propriété, conformément à l'idée de la vie ordinaire, et il en fait un *paterfamilias*. Cic., pro Rosc. Am., c. 15, 43, qui mentionne le pécule de son client, (*certis fundis patre vivo frui solitum esse*), ajoute que c'était la coutume, (*quod consuetudine patres faciunt*).

(§ 29), la coutume imprima à cette institution le cachet particulier de son caractère. Il se trahit d'abord dans la composition du tribunal : ce n'est pas la famille juridique, ou les agnats, c'est la famille naturelle (340), c'est le cercle des parents du sang qui le composent : cercle si peu fermé que les amis mêmes peuvent y entrer (341). On pourrait y voir l'*entourage moral* de l'individu, le champ où son existence morale domestique pousse ses racines, le chœur qui doit, comme dans la tragédie antique, par son approbation ou son blâme, déterminer ses actions, et dont la faveur ou la disgrâce, l'assistance ou l'abandon décident de la paix et du charme de son existence. Point de règles, dans la coutume, sur la composition de ce chœur : il n'est établi nulle part s'il comprend tous les parents, ou seulement les plus proches jusqu'à un certain degré, ou s'il comprend aussi les amis, etc. : chacun peut, le cas échéant, déterminer quels sont ceux qu'il compte parmi les *propinqui, necessarii, amici,* etc. Une circonstance encore vient témoigner de ce qu'il y avait de peu précis dans l'institution : omettre d'assembler ces personnes, dans des cas où leur convocation était commandée, était une négligence qui tantôt rencontrait une désapprobation générale, outrageait à la coutume, et entraînait les plus graves consé-

(340) Non seulement cela est indiqué par les expressions *propinqui amici, cognati*, etc., mais il était évident, en ce qui concerne le tribunal de famille convoqué pour la femme *in manu*, que l'on ne pouvait pas omettre les parents de son côté, donc les cognats.

(341) Quelquefois même des personnes de haut rang, parentes éloignées, par ex. Auguste dans le cas cité par SÉNÈQUE de clem. 1, 15. VAL. MAX., 5, 9, cite même un cas où l'on alla jusqu'à convoquer une grande partie du sénat. On convoquait même les affranchis de la famille, L. 22 de his quae ut (**34**-9), *libertis patris instantibus.* D'après KLENZE, (dans la Revue : *Zeitschr. für gesch., R. W.* VI, p. 31), le tribunal de famille ne prit une forme fixe que lorsqu'il y eut des règles fixes sur l'office du juge. Comme s'il s'agissait ici de quelque chose de fixe ou d'une institution juridique !

quences pour le récalcitrant ; et tantôt ne soulevait aucune réclamation. La plus grand nombre des cas (342) où il est fait mention de la convocation des parents et amis, concerne l'exercice du *jus necis ac vitae* sur les femmes mariées et sur les enfants. Le mari ou le père (343) réunissait les parents, leur exposait le cas, et ensuite prononçait et exécutait le jugement délibéré en commun (344). Mais la coutume exigeait que les parents délibérassent encore sur d'autres actions de celui qui détenait la puissance, et qui intéressaient les rapports de famille. Le fait nous est attesté d'une manière expresse, par exemple pour le divorce (345). En général il ne pouvait survenir aucun évènement important dans le sein de la famille, auquel les parents ne prissent part, soit pour relever

(342) Des témoignages à l'appui de ce fait seraient inutiles. Je renvoie à KLENZE, *loc. cit.*, t. VI, p. 25 s. et GEIB, *Gesch...* (Hist. de la procédure criminelle à Rome), p. 84 s.

(343) On n'y regardait pas de fort près, dans la vie, même en ce qui concerne la question purement juridique de savoir qui, dans un cas particulier, avait le droit d'exercer le *jus necis ac vitae*, et qui avait, par suite, le devoir de réunir les parents en tribunal. Ainsi par ex. dans le cas cité par CIC. de finib., 1, 7, c'est le père qui avait donné son fils en adoption, qui prononce la sentence, au lieu du détenteur actuel de la *potestas*. Ainsi encore, lorsqu'il s'agissait d'une femme mariée se trouvant encore sous la *patr. pot.*, qui par conséquent n'était pas dans la *manus* de son mari, ce dernier, probablement, convoquait plus souvent le tribunal que le premier.

(344) Il est hors de doute, que juridiquement il n'était pas lié par leur avis ; mettre ce point en question trahit une appréciation erronée de toute la matière, mais il est tout aussi évident qu'en règle générale c'était le jugement des parents qui décidait en fait, de toute la question.

(345) VAL. MAX., 2, 9, 2. Les censeurs expulsèrent du Sénat un individu qui l'avait omis. C'est ainsi que dans le cas cité par PLAUTE, (Stichus, I, 2, 71) un père qui veut, en vertu de sa *patr. pot.* dissoudre le mariage de sa fille, déclare : *mihi* AUCTORES ITA SUNT AMICI, *ut vos hinc abducam domum.*

la solennité de l'acte, par exemple lorsqu'un enfant revêtait la *toga virilis*, ou se fiançait ([346]), etc., soit pour donner leur consentement. Ils étaient les protecteurs naturels de toutes les personnes de leur parenté qui avaient besoin d'assistance ([347]). Grâce à l'énergique développement de l'esprit de famille à l'époque ancienne, leur jugement, leur approbation, ou leur opposition rencontrait une déférence sans égale aujourd'hui. Nous ne pouvons juger de leur position et de leur intervention d'après nos idées actuelles. Leurs prétentions n'étaient pas une usurpation : elles étaient fondées sur la conception romaine du rapport de famille. Les écarter, c'était provoquer un éclat et un scandale public. Je veux rapporter un exemple instructif, qui mieux que les explications les plus étendues, mettra cette intervention des parents en lumière. Le fils de Scipion l'Africain, l'ancien, bien différent de son père, à tous les points de vue, avait été, malgré son indignité, choisi comme Préteur par le peuple. Il déshonorait ses fonctions et sa famille. Les parents crurent de leur devoir de veiller au maintien de l'honneur de la famille : non-seulement ils lui rendirent tout exercice de ses fonctions impossible, mais ils lui arrachèrent du doigt une bague à l'effigie de son père ([348]). C'était un Préteur romain qu'on traitait ainsi, un personnage qui n'avait nul souci de l'opinion publique, et qui, s'il avait pu s'insurger avec succès contre pareille intervention de la famille, s'y serait difficilement soumis.

La convocation des parents pour l'exercice du *jus necis ac vitae* n'était donc pas juridiquement prescrite, mais il était en

([346]) Cic. ad Quint. 2, 6. Appian, bell. civ., 4, 30. Tite-Live, II, 36.

([347]) Ils exerçaient notamment la surveillance sur le tuteur, et faisaient au moyen de l'*act. suspecti tutoris*, la motion de son renvoi, — ils évitaient ainsi à l'État la peine de s'en occuper, — ils proposaient dans l'intérêt des enfants du dissipateur l'établissement d'une *cura prodigi*, etc.

([348]) Val. Max., 3, 5, 1. Il ne fallait pas pour cela un tribunal de famille proprement dit.

règle générale périlleux de s'y soustraire. On aurait donné prise au soupçon de ne pas avoir osé leur soumettre le cas : ce n'était que lorsque la faute de l'enfant à punir était manifeste que l'on pouvait risquer de se mettre au-dessus de la coutume (349). Dans tous les cas, il était toujours plus prudent pour le père, dans son propre intérêt, de se conformer à la coutume dans toutes les circonstances ; il ne pouvait prévoir, si indépendamment même de la justice de la sentence prononcée, le censeur ne blâmerait ou ne punirait pas une violation de la tradition (350). Un abus réel de la puissance pouvait entraîner des conséquences plus graves encore. Entre une condamnation à mort prononcée contre un membre de la famille, suivie d'exécution, et un meurtre dont il serait tombé la victime, l'opinion publique savait fort bien marquer la différence. L'auteur d'un meurtre pouvait être traduit devant l'assemblée du peuple : il ne lui servait de rien alors de se prévaloir de son *jus necis ac vitae*. La forme et l'esprit qui dominaient l'ancienne administration de la justice (p. 47) rendaient inutile cette protestation, impuissante à apaiser l'indignation morale du peuple (351). On nous rapporte même le cas d'un père décrété d'accusation pour avoir exclusivement employé à des travaux agricoles un fils appelé, de par son talent

---

(349) V. par ex. VAL. MAX., 5. 8, 3.. *ne consilio quidem necessariorum indigere se credidit*, id. 6. 3, 9. SALL., Catil., 39.

(350) Comme dans le cas de la note 345.

(351) V. des exemples dans OROSIUS, 3, 9, *exstitit parricida,... filium enim suum peremit;* 5. 15 (16) : *Q. Fabius Maximus filium suum.. cum duobus servis parricidii ministris interfecit... Die dicta Cn. Pompejo accusante damnatus est.* SENECA de clem., 1, 14. V. dans PLINE Hist. nat. 14, 14, un autre cas dans lequel l'accusé fut reconnu innocent et mis en liberté. VALER. MAX., 6, 3, 9, etc. Si ce cas, que PLINE fait remonter à ROMULUS, est un mythe, cette circonstance est sans influence sur la question, seule essentielle ici, de savoir comment les Romains concevaient la chose. Il résulte des termes employés par PLINE qu'ils faisaient en effet la distinction que je leur attribue : *eumque caedis esse absolutum.*

et sa parenté, à de hautes destinées, et lui avoir ainsi fermé la carrière politique ([352]). Le père, dans l'exercice de sa *pat. pot.*, ne pouvait perdre de vue que la patrie aussi avait un droit sur les enfants. A *son* point de vue, le droit de punir était un pur droit privé : au point de vue de l'État, c'était une fonction dont le père était investi dans l'intérêt général, dans un but d'éducation et de discipline. C'est pour cette raison que le blâme du censeur atteignait aussi bien celui qui avait laissé trop lâches les rênes du gouvernement domestique, que celui qui les avait trop tendues. Mis à même de maintenir la discipline et l'ordre parmi les siens, il répondait lui-même de ce maintien aux yeux du peuple ([353]), et si l'un des siens commettait un délit, il était le premier intéressé à appliquer au coupable la peine qu'il avait méritée, et à se dégager ainsi lui-même de toute complicité morale. L'intervention de l'État même devait être des plus rares ([354]); les maris et les pères romains, à l'époque ancienne, connaissaient leur devoir, et ils avaient la force d'âme nécessaire pour l'accomplir.

Si peu qu'il fût tenu compte dans la construction *juridique* de la puissance domestique de cet élément du devoir, dans la réalité cependant il devenait tout-à-fait déterminant, autant pour l'exercice que pour la conception toute entière de cette puissance. Un Romain ancien reconnaîtrait à peine cette puissance, dans l'ébauche qui s'en fait de nos jours. Il comprendrait difficilement que des connaisseurs du droit et de l'antiquité

([352]) Val. Max., 5. 4, 3.

([353]) Cicéron le reconnait expressément pour les femmes, dans un fragment du livre 4 de republica (Nonius de num. et cas. p. 499) : *nec vero mulieribus praefectus praeponatur, qui apud Graecos creari solet, sed sit Censor,* QUI VIROS EDOCEAT MULIERIBUS MODERARI.

([354]) Il est fait mention de quelques cas, concernant des femmes, dans lesquels la peine est poursuivie au nom de l'État, mais où l'exécution reste abandonnée aux parents. Val. Max., 6. 3, 7. Tite-Live, XXXIX, 18. Sueton., Tiber. 35.

romaine aient pu, un jour, soulever contre le peuple romain le reproche d'immoralité au sujet d'une institution qui faisait l'orgueil de Rome, et qui, plus qu'aucune autre, fut la source de sa force et de sa vertu, le levier le plus puissant de la grandeur romaine.

Section 4. — *La liberté objective des institutions est une barrière à l'autonomie subjective.*

La liberté court le danger de s'anéantir elle-même. — L'objectivité dans la conception de la liberté (la liberté est un *devoir*). — Preuves tirées du droit romain, notamment de la propriété (servitudes).

38. L'anéantissement de la liberté par la liberté même, que l'idée de la liberté rend possible en apparence, est la pierre de touche la plus sûre pour contrôler la conception de l'idée de liberté. Le droit d'être libre, a-t-on répété souvent, implique nécessairement la possibilité de renoncer en tout ou en partie à la liberté. Si celle-ci est un droit, pourquoi ne pourrais-je y renoncer? Si la volonté est libre, pourquoi son exercice ne pourrait-il consister aussi à se restreindre elle-même, à se lier, à s'enchaîner ? La liberté porte donc en elle le germe de la négation de la liberté; du bon grain de la liberté peut sortir l'ivraie de la servitude.

Cette possibilité de l'anéantissement de la liberté par elle-même, paraît fondée sur l'essence de la liberté; il semble en résulter que la liberté poussée jusque dans ses dernières conséquences logiques constitue une impossibilité pratique. Mais cela n'est vrai qu'en apparence: la *fausse* liberté seule creuse sa propre tombe. Le droit de l'individu à la liberté juridique se fonde, ainsi que nous avons essayé de le démontrer au § 34, sur une base morale; — la mission créatrice de la personnalité.

Il en résulte tout d'abord, pour l'individu, que son *droit* à la liberté est en même temps un *devoir :* et ensuite, pour l'État, qu'il ne doit reconnaître et réaliser que cette liberté vraie,

fondée en morale, de l'individu. En présence de la liberté de l'individu, la mission de l'État n'est donc pas purement négative; ce n'est pas un laisser faire, une non-intervention : sa position n'est pas celle d'un spectateur indifférent. Sa mission est essentiellement de nature positive : réalisation de la liberté juridique, assurance de la liberté contre le danger d'une oppression ou d'une suppression, que celles-ci viennent du dehors, ou de l'individu lui-même. Voir là une tutelle de la part de l'État, en contradiction avec l'idée de la liberté, n'est possible que si l'on ne reconnaît ni à la liberté ni à l'État une mission morale.

Le droit romain nous donne sur cette question un exemple hautement instructif, qui nous dispensera de toutes considérations générales ultérieures. Il n'a jamais existé un droit qui ait conçu l'idée de la liberté d'une manière aussi digne et aussi juste que le droit romain. Ce danger de l'anéantissement de la liberté par elle-même, écueil de la fausse conception de la liberté a été magistralement reconnu et écarté par le droit romain. Le moyen auquel il eut recours ne consiste pas dans une défense légale extérieure d'abuser de la liberté, mais dans une restriction par voie scientifique, empruntée par la jurisprudence à l'essence même de la liberté.

La manière de voir romaine (et en même temps la quintessence de l'explication qui suit) peut être exactement exprimée en disant qu'elle voit dans la liberté non point une chose subjective, un bien, une qualité de la personne, mais une *propriété objective* indestructible, et inséparable de la volonté de la personne, appartenant aux *institutions juridiques.*

Le besoin de liberté de la vie individuelle, reçoit sa satisfaction dans les institutions du droit privé. Celles-ci représentent dans leur ensemble toutes les manifestations de la liberté individuelle : chacune d'elles est l'expression d'un besoin ou d'un but déterminé de la liberté. C'est ce que le droit romain a réalisé de main de maître : il a fait du but de l'institution la mesure de la liberté accordée à l'individu. La liberté abstraite de l'individu trouvait ainsi, dans le but même des diverses institutions, sa mesure et

ses limites. Il lui était tracé une voie dans laquelle elle devait se maintenir sous peine de se contredire elle-même. La théorie de la liberté dans les diverses institutions est la discipline réalisée du sentiment abstrait de la liberté. Tout acte qui contredit le but de l'institution est donc nul et inopérant.

Nous ne pouvons en ce moment poursuivre cette étude dans toute son étendue ([355]); il nous faut nous borner à ne l'examiner que d'un côté tout-à-fait déterminé, à savoir, en ce qui concerne la nullité des contrats et des dispositions dans lesquels on renoncerait à l'élément de liberté de l'institution, dans lesquels par conséquent la liberté personnelle du disposant se met en contradiction avec la liberté objective de l'institution.

La renonciation conventionnelle à la liberté personnelle est impossible en droit romain. C'est là un fait suffisamment connu. La liberté pouvait être perdue à titre de peine, par exemple par le voleur, par le débiteur insolvable, etc.; mais une renonciation à la liberté, une convention par laquelle on entendait devenir l'esclave d'un autre était nulle en droit romain ([356]).

Dans quelles limites une *restriction* de la liberté personnelle était-elle possible? Toute obligation contient une charge de la personne. Si les Romains, ainsi qu'on le leur a parfois attribué, avaient réellement connu l'idée d'une force obligatoire absolue de la volonté, l'obligation aurait présenté un moyen d'annihiler complètement, en fait, la liberté; par exemple, en s'engageant à une servitude perpétuelle, en promettant de ne jamais s'éloigner d'un endroit, de ne pas se marier sans la volonté d'un autre, de ne rien aliéner, etc. Mais pareille conception était totalement

---

([355]) Ce que nous omettons ici, pour y revenir dans une autre occasion, c'est la restriction de la volonté par l'élément *logique* des institutions.

([356]) Cependant l'*auctoramentum* se rapprochait de très près de l'esclavage conventionnel; c'était la convention par laquelle les gladiateurs se soumettaient à la volonté de leur maître (SCHULTING, Jurisp. Antiq. notes sur la Collat. leg. mos. tit., IV, § 3, IX, § 2). Il me paraît difficile d'admettre que ce rapport puisse dater du bon vieux temps.

étrangère aux Romains. Leur obligation, d'abord, avait pour objet exclusif le patrimoine : l'estimation objective de l'ancien droit (p. 109), rendait, à l'époque ancienne, en cette matière, tout écart impossible. L'obligation à des prestations de services était inconnue au droit ancien : l'obligation ne s'étendait qu'aux choses. Si l'on pouvait promettre obligatoirement la dation d'une chose, soit par *mancipatio, in jure cessio* ou par simple *traditio,* il n'en résultait nullement, aux yeux des Romains, qu'il devait en être de même par rapport aux actions qui exigent des prestations personnelles de service. En effet, ce qui est promis dans le premier cas, c'est un fragment du patrimoine, ou pour parler plus correctement en droit, une prestation; mais une prestation consistant dans l'exécution d'un acte juridique appartenant au *droit des choses.* Une promesse qui sort du droit des choses, jette les liens du droit sur la personne elle-même, aliène jusqu'à un certain point sa force personnelle, elle tend en un mot à créer un rapport de servitude partielle qui répugne au sentiment de liberté des Romains ([357]). Alors même que la force des relations eut fini par imposer la possibilité juridique des conventions, on résista cependant à établir une contrainte directe pour l'exécution de l'action. Le principe de la procédure romaine que toute condamnation doit se résoudre en argent, continua à maintenir debout la conception romaine primitive que le Romain libre ne peut donner une assignation sur lui-même, mais seulement sur son patrimoine. Il semble au premier abord qu'il devait être facile d'éluder ce principe et d'anéantir complètement la liberté personnelle au moyen de la peine conventionnelle (p. 111). Rien n'interdisait en effet de se faire promettre

---

([357]) CICERO de off., I, 42 : *Illiberales autem et sordidi quaestus mercenariorum omniumque, quorum operae, non artes emuntur. Est enim in illis* MERCES AUCTORAMENTUM SERVITUTIS... *Opificesque omnes in sordida arte versantur, nec enim quidquam ingenuum potest habere officina,* ibid., II, 6 : *quae est sordidissima ratio.*

par l'autre partie une peine pécuniaire d'une élévation quelconque pour le cas de défaut de paiement. Mais en ceci encore une fois se manifeste très clairement que les Romains accordaient la prééminence à l'idée objective de la liberté individuelle, sur le principe de la liberté abstraite de la volonté individuelle. En effet, toutes les conventions qui portaient atteinte à la liberté personnelle étaient nulles ([358]). Le droit héréditaire contient une disposition analogue. Le testateur ne pouvant directement, ni par des ordres, ni par des défenses, restreindre la liberté personnelle de l'héritier, pouvait s'aviser de vouloir le faire indirectement, en faisant des legs conditionnels (par exemple si mon héritier se marie, il paiera 1000 à A; *legatum* POENAE *nomine relictum*). Sous l'empire pareils legs étaient déclarés absolument nuls ([359]). Peu importait que l'action que le testateur voulait imposer ou défendre à son héritier sous la menace de la perte du legs, pût être envisagée ou non comme une restriction de la liberté personnelle. Dans l'ancien droit cette prohibition absolue n'existait pas; mais on doit admettre que dans l'esprit de ce droit il en était de ce legs pénal comme de la peine conventionnelle, c'est-à-dire qu'il était nul dans le cas où il entamait la liberté personnelle de l'héritier.

En matière de *mariage*, notre raisonnement se vérifie par l'absence de toute action pour les conventions contraires à la *liberté du mariage,* érigée en principe par le droit romain, par exemple

([358]) L. 71, § 2 de cond. (**35**-1).. *non esse locum cautioni, per quam* JUS LIBERTATIS INFRINGITUR. WILH. SELL, *Die Lehre...* (Théorie des conditions impossibles), p. 139 s. V. L. 1 de bon lib. (**38**-2), une exception pour les affranchis, par rapport à leur patron.

([359]) Par ANTONIN le pieux. V. CAPITOL. in vita Ant. Pii, c. 8. La généralité de la défense fut abolie de nouveau par Justinien qui rétablit ainsi le droit ancien, dans lequel c'était le caractère de l'action imposée à l'héritier qui décidait de la validité du legs. L'opinion qu'ANTONIN a, non point *étendu,* mais *créé* cette défense est une erreur; SABINUS déjà la connaissait, § 36, I. de leg. (**2**-20).

les conventions par lesquelles on s'engageait directement ou indirectement (sous la promesse d'une peine conventionnelle) à contracter ou à ne pas contracter, à dissoudre ou à ne pas dissoudre un mariage ([360]). Il n'y a de doute que sur la question de savoir si les fiançailles dans l'ancien droit donnaient lieu à une action. Dans le droit nouveau la négative est hors de contestation ([361]). Au premier abord l'existence de la prétendue action des fiançailles doit paraître fort douteuse. Le mariage libre et toujours dissoluble, les fiançailles obligatoires — ce serait là une étrange contradiction. Pourquoi aurait-on attaché aux fiançailles une force obligatoire plus grande qu'au mariage ? On aurait dû s'attendre plutôt au contraire. Et quelle eut été l'utilité pratique d'une telle mesure ? Lorsque le fiancé ou le père de la fiancée s'opposaient à la célébration du mariage, l'*actio ex sponsu*, croit-on, pouvait les y contraindre ([362]). Mais à quoi bon cette contrainte si les deux époux pouvaient ensuite dissoudre le mariage ? La voie était toute tracée, pour annuler entièrement les effets d'une action en cette matière, et ce n'est certes pas aux Romains que l'on peut attribuer la création d'un circuit aussi inutile. L'idée d'une action attachée aux fiançailles repose sur l'autorité de Varron. Examinons ce qui en est. L'expression *spondere, sponsio* désignait, à l'époque de Varron, un acte civilement obligatoire : la stipulation. Un étymologiste, une per-

([360]) L. 134, p. de V. O. (**45-1**). *Inhonestum visum est vinculo poenae matrimonia obstringi sive futura sive jam contracta.* L. 2 Cod. de inut. stip. (**8**-39). *Libera matrimonia esse antiquitus placuit.* L. 14 Cod. de nupt. (**5**-4). L. 19. L. 71, § 1 de V. O. (**45-1**).

([361]) Une confirmation indirecte par des arrhes était possible, mais il ne faut pas y voir une exception : l'efficacité de ce moyen ne réclamait pas l'intentement d'une action. L. 38 p. de R. N. (**23**-2). Isidor. Orig. IX, 8, § 4, 5.

([362]) En ce qui concerne le père, on peut invoquer un témoignage exprès de Varron de L. L. VI, § 72, mais nous verrons plus loin combien l'autorité de Varron en cette matière, est faible.

sonne étrangère au droit, pouvaient s'y tromper; comme cette expression se rencontrait aussi dans les fiançailles (*sponsalia, despondere*, *sponsus*, etc.), et que celles-ci étaient contractées en forme de stipulation (*spondesne gnatam tuam ? spondeo*) (363), ils devaient en conclure qu'à l'origine les fiançailles avaient toute la force de la *sponsio* ordinaire (364). Il faut ajouter, du reste, que cette règle avait réellement été en vigueur dans le Latium jusqu'à la *lex Julia* (365). VARRON, qui écrivait son ouvrage *de lingua latina* cinquante ans à peine plus tard (au plus tôt en 706), n'a pu l'ignorer. Il est aisé de démontrer que ces deux circonstances ne justifient pas la conclusion dont il s'agit (366). *Sponsio*, en effet, ne désigne pas, à l'origine, une obligation civile, mais une obligation religieuse (§ 21), et l'on ne peut sans autre preuve identifier le droit du Latium avec celui de Rome. Mais VARRON

(363) L. 2 de spons. (**23-1**). *Ulp. Sponsalia dicta sunt a spondendo, nam moris fuit veteribus stipulari et spondere sibi uxores futuras.* VARRON de L. L. VI, 70. Dans PLAUTE c'est la forme régulière v. par ex. Aul., II, 2, 78. Dans ce passage, la stipulation comprend aussi *illae leges cum illa dote, quam tibi dixi.* Si ce cumul des conventions d'intérêts pécuniaires avec les engagements personnels était la règle générale dans la vie ordinaire, on expliquerait de la manière la plus simple comment a pu naître l'idée, (v. par exemple PLAUT., Aul., IV, 10, 63 : *ut leges jubent.* PLUTARCH., Cato min. 7), que les fiançailles avaient une force obligatoire. Mais conclure de ce que l'on se servait dans la vie ordinaire de la stipulation, à l'existence d'une action, c'est là une erreur. La circonstance qu'ARNOBIUS mentionne la stipulation, le démontre (adv. gent., IV, 20 : *habent speratas, habent pactas , habent* INTERPOSITIS STIPULATIONIBUS *sponsas*). Il est hors de doute que de son temps aucune des stipulations concernant les fiançailles ne donnait lieu à une action. L. 134, pr. de V. O. (**45-1**).

(364) ISIDOR., IX, 8, 3 part également de l'idée que le *spondere* fondait ici une obligation juridique, mais il le rapporte aux époux et fait établir des *sponsores* par le *sponsus* (§ 6).

(365) GELLIUS, IV, 4, § 3.

(366) V. M. VOIGT, Das jus naturale, II, p. 234 s.

n'a émis sur cette question que de simples hypothèses, et son autorité est ici des plus problématiques ([367]).

La liberté du droit héréditaire consiste dans le droit de faire ou de modifier à volonté des dispositions de dernière volonté ([368]). Toutes les conventions ou modifications qui avaient pour but d'enlever ce droit ou de le troubler étaient nulles ([369]).

([367]) En ce qui concerne les autres motifs invoqués en faveur de la thèse que je combats ici, lorsqu'on sait ce que les Romains entendaient par *fides* (je rappelle les *fideicommissa* c'est-à-dire des ordres laissés à la *conscience*, et par conséquent non obligatoires en droit) on ne verra dans le passage de FESTUS : *consponsos antiqui dicebant fide mutua colligatos* que l'indication exacte du caractère purement *moral* du rapport. Mais on comprendra difficilement comment un récent historien du droit, de grande réputation a pu vouloir trouver dans *fides mutua* l'indication de stipulations réciproques. — Il ne fallait pas dans l'ancien droit d'exceptions contre une prétendue *act. ex sponsu*, pas plus que contre toute autre action non fondée *ipso jure*. Il est vrai que PAUL dans la L. 134, p. de V. O. (**45**-1), garantit le père au moyen d'une *exceptio* contre la reclamation en justice de la peine conventionnelle. Mais il est, comme on le sait, inexact qu'une *stipulatio contra bonos mores* (et c'en est une que PAUL admet ici) n'ait pu être invalidée que par ce moyen. (Supposition dont il résulterait qu'elle n'aurait jamais pu l'être dans le droit ancien. GAIUS, IV, § 108 . En règle générale, elle est directement déclarée nulle. (V. en un exemple en matière de mariage dans la L. 19 ibid.) L'on se décidera difficilement à admettre que le droit ancien, qui ne connaissait pas d'exceptions, ait déclaré valables *toutes* les stipulations d'une peine conventionnelle sans distinction de leur tendance.

([368]) *Ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum.* L. 4 de adim. leg. (**34**-4).

([369]) L. 34 Cod. de transact. (**2**-4). L. 4 Cod. de inut. stip. (**8**-39). L. 15 Cod. de pact. (**2**-3), LIBERTATEM *testamenti faciendi*. L. 61 de V. O. (**45**-1). L. 17, p. ad sc. Tribell. (**36**-1). L. 15, § 1, ad. leg. Falc. (**35**-2). L. 5 Cod. de pact. conv. (**5**-14). Constitution d'une société dans ce but : L. 52, § 9, pro socio (**17**-2). Les conventions par lesquelles on s'oblige d'avance à accepter une succession future on à y renoncer, sont également nulles L. 4 Cod. de inut. stip. (**8**-39). L. 3 Cod. de collat. (**6**-20). L. 16 de suis

Un des exemples les plus intéressants nous en est offert par la propriété ([370]). Notre question acquiert ici une importance majeure, aussi bien au point de vue économique que politique.

La propriété donne la possibilité d'user et de jouir d'une manière illimitée de la chose. Or, le propriétaire peut, comme on le sait du reste, faire deux espèces de dispositions : les unes affectent seulement son droit, les autres affectent la *chose;* en d'autres termes, les unes restreignent leurs effets à lui seul, par exemple le louage, la vente de la chose, les autres les étendent à des tiers par la constitution d'hypothèques, l'établissement de servitudes. Cette distinction montre dans quelle étendue la législation doit reconnaître la liberté de la propriété. Les suites préjudiciables des dispositions de la première espèce frappent exclusivement le propriétaire lui-même et ses héritiers : elles n'entraînent aucun danger pour le commerce. Si le propriétaire a dissipé son argent, s'il a dû vendre son bien, sa mauvaise administration n'engendre plus des conséquences *juridiques* désastreuses dans la personne de son successeur ; le bien n'a fait que passer d'une main dans une autre, mais il se trouve tout aussi libre dans la seconde que dans la première. Il en est autrement des dispositions qui affectent le droit de la chose (par opposition à celui du propriétaire), ou qui en langage romain, donnent une *actio in rem* à l'ayant-droit. Si elles sont de nature

et leg. (**38**-16) ; mais l'idée que la liberté de la résolution de l'héritier ne pouvait pas être entamée était-elle le motif décisif de cette nullité ? je ne le soutiendrai pas, car il y avait encore un autre motif. Tome IV, § 63.

([370]) On peut en citer un aussi, concernant la possession. V. L. 12 de precar. (**43**-26) : *Cum precario aliquid datur, si convenit, ut in Calendas Julias precario possideat, numquid exceptione adjuvandus est, ne ante ei possessio auferatur* ? SED NULLA VIS EST HUJUS CONVENTIONIS, *ut rem alienam domino invito possidere liceat.* Voici la suite du raisonnement : La possession contient le droit d'exclure tout autre ; telle est la liberté que la possession porte avec elle ; par conséquent une convention qui renonce à cette liberté, est nulle au point de vue de la possession. L. 2, § 2, ibid.

permanente, elles fondent un état auquel la langue romaine a, pour l'espèce la plus ancienne, appliqué l'expression significative de *servitude*, état qui reste sensible pour toujours à tout possesseur. L'abandon complet de pareilles dispositions à l'autonomie privée renferme les plus grands dangers pour la propriété : c'est la ruine de la vraie liberté de la propriété, le sacrifice de la véritable idée de la propriété. Un moment de légèreté de la part d'un détenteur momentané, anéantit le droit à la liberté de la propriété que chaque nouvelle génération apporte en naissant. Une étourderie se perpétue pendant des siècles. Il ne faut pas traiter ces conséquences à la légère. Leur importance capitale ne réside pas dans la diminution de la valeur pécuniaire de la chose, mais dans la diminution de sa valeur morale. L'influence morale que la propriété foncière peut et doit exercer sur le propriétaire : le sentiment de sécurité, de liberté, d'indépendance, l'amour et l'attachement au sol, peuvent être ébranlés de la manière la plus sérieuse par le droit d'immixtion et d'opposition appartenant à un tiers. L'homme libre veut un bien libre. L'asservissement de la terre est une source permanente de mécontentement pour le possesseur, c'est une entrave pour l'agriculture.

Permettre au possesseur de vendre son bien à son gré, ne cause aucun préjudice à l'État ; le bien ne fait que changer de maître, il reste, lui, ce qu'il était. Mais accorder au propriétaire la faculté d'éluder une vente devenue nécessaire en aliénant des éléments de valeur intellectuelle de son bien, en se procurant de l'argent par l'imposition de dîmes, de rentes perpétuelles, de charges etc. sur sa chose, c'est lui donner le pouvoir d'enlever à la propriété ses effets bienfaisants pour la société, de l'énerver et de la tuer moralement. Il y a là quelque chose de la propriété qui se perd, dont aucune des deux parties ne profite (371). C'est

(371) Cette considération est très exactement mise en relief par PLINE, Epist., 7, 18 : *me plus erogasse, quam donasse, cum pulcherrimi agri*

enlever et vendre un fragment d'une œuvre d'art, pour ne pas être dans la nécessité de l'aliéner toute entière. Ce que l'un accepte sous forme d'un *jus in re* n'est pas ce que l'autre sacrifie. —La dîme, à un autre âge, a souvent coûté en réalité un tiers du produit possible. Le vrai prix auquel le droit restrictif du tiers est acheté est une propriété troublée, vinculée moralement et économiquement amoindrie.

Tels sont les dangers et les préjudices inévitables du système de l'engagement des propriétés là où il peut se développer sans restrictions. Ce développement, si l'on n'y met des obstacles, devient un véritable chancre de la propriété : des mesures violentes seules peuvent parvenir dans la suite à l'extirper. On ne saurait cependant contester sa légitimité dans de certaines limites. Les points à considérer à ce sujet sont le degré de la charge d'un côté, et l'intérêt ou le besoin des relations de l'autre.

L'instinct merveilleux des Romains leur fit ici, dès la plus haute antiquité, discerner avec exactitude la vérité de l'erreur. Les servitudes (372) sont la seule espèce de charge de la propriété foncière que connaisse le droit ancien. Elle était renfermée dans des limites telles qu'il n'en pouvait résulter aucun danger pour la propriété. Le correctif des servitudes personnelles était, sous ce rapport, leur durée passagère; elles s'éteignaient par la mort ou la *capitis deminutio* de l'ayant-droit. Quant aux servitudes prédiales, la durée en était au contraire un élément essen-

---

pretium necessitas vectigalis infregerit, c'est-à-dire j'ai perdu plus que l'autre partie n'a gagné. Pline avait pour imposer une rente sur son fonds au profit de la commune, mancipé ce fonds à cette dernière, qui le lui avait rendu comme *ager vectigalis.*

(372) Il ne peut être question d'hypothèque pour l'ancien droit, car la *fiducia* contient un transport de propriété et l'ancien *pignus* n'est pas une charge de la propriété, et il aurait pu difficilement se rencontrer pour la propriété foncière. Tout au plus pourrait-on citer la *subsignatio* des fonds à l'*aerarium* de la part des débiteurs de l'État. Bachofen, Pfandrecht, t. 1, p. 217 s.

tiel. Les Romains, en effet, partent de l'idée que le rapport d'obligeance et de secours, à titre de voisins, existant entre deux fonds, ne mérite d'être traduit sous forme de servitude que lorsque l'intérêt de l'un et les services possibles de l'autre sont de nature *permanente* [373]. L'obligation est la forme qui semble

[373] Par rapport à la durée, il y a une différence fondée sur la durabilité différente des *praedia rustica* et *urbana*. Chez tous les deux, l'anéantissement du fonds dominant, par ex. l'incendie de la maison, entraine pour conséquence l'extinction de la servitude, arg. L. 20, § 2 de S. P. U. (**8**-2). Si l'on voulait donner à une servitude destinée à une maison, par ex. à une *serv. altius non toll.* une existence indépendante de l'anéantissement de la maison, il fallait l'établir sur le *solum* au lieu de l'attacher à la *superficies* (L. 3 de serv. [**8**-1]); au contraire, on pouvait affecter à la *superficies* une servitude qui en règle générale frappait le *solum*. (L. 13, p. de S. P. R. [**8**-31]), par ex. une servitude de passage. La conséquence en était que la servitude cessait avec l'anéantissement du quasi-sujet : de la maison. S'il n'était pas stipulé ce que les parties avaient entendu faire (par ex. le possesseur d'une maison se fait établir un chemin sur le jardin voisin : la servitude appartient-elle à la *superficies* ou au *solum?*), on présumait d'après les circonstances tantôt l'un tantôt l'autre, et la pratique avait, en se dirigeant d'après certaines règles, fait une classification des diverses servitudes possibles; nous la possédons dans la liste connue des *servitutes praediorum rusticorum et urbanorum*. Tel était à mon avis le but pratique de cette distinction. C'est ainsi également que lorsque l'une de ces servitudes était établie sans que l'on eût indiqué si elle appartiendrait à l'ayant-droit absolument (comme servitude personnelle), ou seulement en sa qualité de propriétaire du fonds, on se décidait pour cette dernière présomption. La raison que j'attribue ici à la division des servitudes repose sur un besoin pratique qui se manifeste partout. Ce n'est pas le moment d'entrer à ce sujet dans de plus grands détails, mais je prie toute personne qui voudrait contrôler mon opinion, de ne pas oublier la conséquence, nécessaire d'après toute la théorie romaine sur les servitudes, que la S. P. U. doit cesser avec le *praed. urbanum*. Établir une S. P. U. chez les Romains, c'était limiter une servitude à la durée d'un édifice.

Chez nous, cette conséquence, qu'avec l'édifice doit disparaître aussi la servitude qui lui appartient, n'a point passé dans la pratique ; dans le doute,

leur convenir le mieux pour les rapports passagers de cette espèce qui en règle générale s'épuisent dans la personne des deux contractants. Elle serait au contraire complètement mal appropriée là où ces rapports ont la durée en vue et doivent passer de part et d'autre aux successeurs. Il fallait imposer des restrictions aux servitudes prédiales : leur caractère permanent, ou disons-le directement, perpétuel (*causa perpetua*), aurait fini par frapper le contenu tout entier de la propriété, et par la vinculer complètement ([374]). Il fallait de toute nécessité, pour soustraire la propriété à ce danger, limiter la portée des servitudes prédiales. Appréciant exactement l'utilité propre et le but des servitudes de cette espèce, les juristes romains ont établi la règle, que : les seules servitudes prédiales valables en droit sont celles qui sont motivées par la *destination économique* du fonds dominant, destination, qui peut être différente selon que ce fonds est un *praedium rusticum* ou *urbanum*. — *Servitus* FUNDO *utilis esse debet ;* toutes celles, au contraire, qui n'accordent au possesseur qu'un avantage ou qu'un agrément, qui n'ont rien de commun avec le but du fonds dominant, sont nulles. Cette aide réciproque entre deux fonds n'existe que lorsque ces fonds sont *voisins* (*praedia esse debent vicina*). Cette dernière condition conduit presque nécessairement au point de vue qui était toujours présent à l'esprit de la théorie romaine dans toute la matière des servitudes, celui du *droit de voisinage conventionnel.* L'individualisation du droit de voisinage, voilà le but de la servitude prédiale : elle remplace la loi par la volonté de l'in-

---

toutes les servitudes sont traitées comme S. P. Rust., et nous n'avons de S. P. Urb. que là où il peut être prouvé que les parties n'ont voulu établir la servitude que pour un édifice déterminé, aussi longtemps qu'il existe comme tel. Notre jurisprudence actuelle, de la façon dont elle entend la distinction des S. P. Urb. et S. P. Rust., n'aurait aucune expression pour désigner une servitude pareille.

([374]) (L. 56 de usup. (7-1).. *proprietas inutilis semper abscedente usufructu esset futura.*

dividu. Elle est donc au droit de voisinage légal ce que le testament est à la succession ab intestat. Toute la théorie des servitudes prédiales est là. Dans leurs effets, comme dans leurs conditions, elles sont l'image du droit de voisinage légal : l'*action* a la même nature et la même portée : (*act. confessoria* et *negatoria* = *in rem actio*) ; elles comportent de même les conditions de *vicinité* (le droit de voisinage suppose des voisins), de *perpétuité* (la loi a une durée perpétuelle, il doit en être de même de ce qui tient sa place), d'*utilité* (le droit de voisinage légal ne règle que le rapport des *fonds*) (375). C'est d'après ces données que la pratique fixa l'objet possible des servitudes (376).

Des progrès se sont sans doute réalisés sous ce rapport : plus spécialement affectée, à l'origine, aux cas d'une nécessité proprement dite (servitudes de voirie et d'écoulement des eaux), la servitude vit, plus tard, s'étendre la mesure de cette nécessité, avec une liberté de plus en plus large.

Pendant des siècles, la servitude fut la seule institution qui permît à un propriétaire romain de restreindre la liberté de sa propriété. C'est à bon droit que la langue parle ici d'un état de non-liberté de la chose (*servit praedium, servitus*), et que dans l'extinction de la servitude elle mentionne le rétablissement de la *liberté (usucapio libertatis, praedium liberum).* Le droit de disposition du propriétaire était renfermé dans des

(375) On pouvait renoncer par *deductio* à ces conditions, au moins à la première et à la troisième, dans l'établissement des servitudes prédiales, mais cette considération ne fait que confirmer ce que j'avance. En effet, dans ce cas il n'est pas fait un *pacte entre voisins*, mais le propriétaire, en vertu de sa propriété, impose unilatéralement des restrictions à la chose, au moyen desquelles elle passe dans des mains étrangères, c'est le cas d'une *lex rei suae dicta*. V. sur ce cas les explications de Ihering dans sa Revue, t. X, p. 549-554.

(376) E. Zachariae v. Lingenthal, *Ueber die Untersch...* (Sur la distinction des serv. prédiales et rurales). R. Elvers, *Die Servit...* (Théorie des Servitudes). T. 1, p. 1-16, et le présent ouvrage T. IV § 70.

limites si étroites que la propriété n'était menacée d'aucun danger sérieux. Au surplus, le propriétaire était sans pouvoir sur la liberté même de la propriété; il pouvait se lier et se ruiner lui-même, mais il ne pouvait ruiner la propriété, ni le propriétaire futur.

Son droit de disposer par testament se restreignait uniquement au rapport *relatif* du propriétaire avec la propriété. Il pouvait léguer *son* droit s'il le voulait; sous ce rapport il était complètement libre : mais en dehors de l'établissement de servitudes, il ne pouvait diminuer la valeur *absolue* de la propriété. L'héritier recevait la propriété libre, son droit était intact (377).

Résumons ce qui précède en une seule proposition; voici dans quel sens les Romains ont conçu l'idée de la liberté, et l'ont appliquée dans leurs diverses institutions :

La liberté, comme condition du développement moral, est, pour l'homme, une loi suprême; c'est un bien qu'il ne peut juridiquement amoindrir ni pour lui-même ni pour ses successeurs.

Section V. *La question sociale et l'État.*

Participation de l'État au bien de l'individu. — La question sociale. — Sources du paupérisme (l'esclave est le mauvais génie de la société romaine). — Position des classes supérieures (leurs obligations sociales). — Mesures de la part de l'État.

39. Après avoir appris à connaître le système de la liberté individuelle dans son objet et dans sa portée, il nous reste encore à étudier une dernière question : elle est d'une importance décisive pour pouvoir porter un jugement exact sur ce

---

(377) Ainsi le testateur ne pouvait lui enlever le droit de vendre la chose (L. 114, § 14 de leg. 1, 30 : *talem legem testamento non possunt dicere*), d'affranchir l'esclave (L. 61, § 4, de man. test. (40-4), de faire cesser une indivision.

système. Voici dans quels termes elle se présente : ce système reposait-il sur un rapport purement négatif de l'État vis-à-vis de l'individu, ou prenait-il sa source dans un rapport positif? En d'autres termes, l'État romain partait-il de l'idée que la sphère juridique de l'individu était pour lui chose indifférente, tant que son propre intérêt n'était pas en jeu, que tout au moins il n'avait ni le droit, ni la mission d'y intervenir par des restrictions dans l'intérêt du bien privé? Ou, au contraire, évitait-il cette intervention parce qu'il voulait positivement cette liberté et qu'elle lui paraissait indispensable? Dans la première hypothèse, le système de liberté que nous venons d'exposer ne serait dû, en réalité, qu'à l'indifférentisme de l'État pour le bien privé. Il y aurait là, sans doute, il est inutile de le faire observer, la preuve d'une conception très-grossière de la mission de l'État; et cette supposition n'assignerait pas au système en question un rôle bien élevé dans l'histoire de la civilisation. Aussi, à mon avis, cette idée contient-elle une erreur radicale, et m'efforcerai-je dans ce qui va suivre, de la réfuter d'une manière complète. Personne que je sache, il est vrai, ne l'a jamais sciemment énoncée, ni ne s'en est constitué le défenseur ; — on eût bien vite acquis la conviction de son inanité. — Mais j'en ai rencontré souvent des échos, et de toutes manières, la question est trop importante pour notre matière, pour que nous puissions la passer sous silence.

Les développements dans lesquels nous sommes entrés jusqu'ici, nous mettent déjà, seuls, en état de nous convaincre du manque de fondement de cette idée. Le chapitre précédent nous a montré, en effet, que l'État s'occupait activement de la liberté, il nous a appris que la liberté subjective n'était pas considérée comme dépendant uniquement du bon plaisir personnel, mais qu'elle a été très-exactement distinguée du caprice et de l'arbitraire individuels, en d'autres termes, qu'elle formait une idée objective du droit.

L'erreur de cette conception peut encore se démontrer d'une autre manière. Demandons-nous si l'État romain a abandonné

entièrement l'individu à ses destinées, s'il ne s'est inquiété ni de son bonheur, ni de son malheur, ni des intérêts privés, ni de la vie dans le monde juridique privé. Si nous parvenons à établir le contraire, tout doute sera levé quant au véritable rapport de l'État avec le système de la liberté.

On sait, qu'à Rome le citoyen se trouvait, vis-à-vis de l'État, dans un rapport beaucoup plus intime que chez nous, à notre époque. Le sentiment juridique romain distinguait très-nettement le droit du particulier de celui de l'État. Si réellement la doctrine du droit naturel, ainsi qu'on l'a soutenu récemment, avait emprunté l'idée d'une pareille distinction au droit romain, nous méritérions, non le reproche d'avoir fait cet emprunt, mais celui de n'avoir pas découvert nous-mêmes cette vérité si simple, que chacun, en naissant, apporte son droit avec soi, droit de par la grâce de Dieu, que tout État est tenu de respecter. Cette délimitation rigoureuse des sphères juridiques respectives de l'État et du particulier, se conciliait fort bien, à Rome, avec la plus intime relation entre eux. Il en est ainsi dans l'amour, où la différence juridique qui peut exister entre deux êtres, ne met aucun obstacle à leur union la plus intime. L'amour n'exige nullement que la ligne de séparation juridique soit effacée : pour lui la limite n'existe pas, il la franchit. Le sentiment juridique romain réclamait cette ligne de démarcation entre le droit de l'individu et celui de l'État, non pas pour permettre à un sentiment égoïste et étroit de se retrancher derrière elle, mais pour donner toute leur valeur au dévouement libre et à l'esprit de sacrifice, et leur rendre hommage. Aujourd'hui, le rapport du citoyen avec l'État est froid, sans relation intime, sans amour ; à Rome il était ardent, profond, animé d'un véritable amour ! Dans la conception actuelle, l'État apparaît comme une personnalité abstraite *opposée* à l'individu ; dans la conception romaine, il était une unité supérieure embrassant les individus, n'existant que pour eux et par eux. Les intérêts de l'État sont donc non-seulement indirectement, mais directement, ceux de l'individu, comme les inté-

rêts de la société sont les intérêts de tous les associés; le dévouement à l'État n'est donc pas un dévouement à quelqu'être moral étranger, il est la subordination des buts purement particuliers aux buts généraux, de l'intérêt spécial à l'intérêt général.

Dans ce rapport entre l'État et ses citoyens, dans cette union intime de leurs intérêts respectifs, le soin de l'État pour le bien du citoyen se comprenait de lui-même. On connaît l'énergie avec laquelle il représentait à l'extérieur les droits des citoyens. Nous n'aurons donc à soumettre à un examen plus attentif que la prévoyance de l'État à l'intérieur, notamment dans son application au sort économique des classes pauvres.

Il y eut à Rome, de toute antiquité, un fait gros de dangers. On peut même le signaler hardiment comme le germe de mort qui précipita la chûte de la société romaine. Ce fait, c'était l'état défectueux du système de la répartition des biens et de la circulation des richesses. L'inégalité dans la répartition des biens est le résultat fatal de la liberté du commerce juridique. La prépondérance des grands patrimoines sur les petits se trahit partout, et partout se répète le phénomène que les biens affluent de préférence là où ils sont déjà accumulés en grandes masses. Des circonstances spéciales accrurent, à Rome, cette affluence. Par contre, le retour des patrimoines vers les classes déshéritées fut extraordinairement empêché. Nulle part le riche ne devenait aussi aisément millionnaire, nulle part le pauvre ne devenait plus facilement mendiant; nulle part la limite entre ces deux extrêmes ne fut si étroite et si difficile à maintenir. Un pas de plus de l'un ou de l'autre côté, et la misère ou la richesse surgissaient envahissantes.

L'inégale répartition des charges que les guerres faisaient peser sur la position économique des classes aisées et des classes pauvres, était la première cause de ce phénomène. Sans doute, la guerre arrachait à leurs champs le riche aussi bien que le pauvre: mais il y avait cette différence, pleine de conséquences, que les terres des pauvres restaient, dans l'intervalle sans culture, tandis que des esclaves entretenaient

celles des riches ([378]). A l'époque la plus ancienne, il est vrai, alors que les guerres avaient encore le caractère d'expéditions de brigandage, le travail agricole n'en souffrait guères : ces expéditions se faisaient généralement à des saisons où la terre ne réclamait pas de soins particuliers. Mais à mesure que les guerres devinrent plus importantes, à mesure que le théâtre de la guerre s'éloigna, que la durée de la campagne fut plus longue, l'agriculture en ressentit de plus en plus les funestes conséquences. Gardons-nous cependant de nous y tromper : l'effet direct de ces guerres pouvait bien diminuer le bien-être du peuple tout entier, mais elles n'auraient pas suffi cependant pour déplacer aussi complètement le rapport de la richesse entre les diverses classes, s'il n'y avait eu une autre cause bien plus décisive : la différence dans la manière de cultiver. Que le possesseur cultivât ses champs lui-même, ou qu'il les fît cultiver par des esclaves, la guerre dans ce dernier cas ne pouvait nuire : elle n'emportait pas les instruments du travail, les forces actives de l'agriculture. Mais dans le premier cas au contraire, une guerre de longue durée causait un trouble profond, souvent même provoquait un arrêt complet de la culture.

Cette seule différence était fertile en résultats. Il est connu que chaque déficit dans la récolte entraîne comme conséquence une hausse des prix. Le développement du commerce actuel, la sûreté, la rapidité, la facilité de notre système de transports font que cette hausse se répartit aujourd'hui sur de grands espaces, et se réduit par là à un minimum relatif pour les contrées directement atteintes par ce déficit. Dans l'antiquité il en

([378]) L. 6, 12... *Servitia romana (ea loca) ab solitudine vindicant.* APPIEN de bello civili 1, 7, insiste aussi sur ce point. Mais en ce qui concerne les conséquences de cette distinction, il n'a pas saisi le point décisif et s'en est tenu à un élément moins essentiel. Il donne en effet pour raison à la richesse des grands possesseurs de biens fonds, que leur *familia rustica*, exempte du service militaire, pouvait s'augmenter démésurément, tandis que la population libre des campagnes était décimée par les guerres.

était autrement. Déjà alors, sans doute, le commerce des grains était pratiqué sur une vaste échelle ; il n'était cependant ni assez universellement répandu, ni assez régulièrement organisé à l'intérieur pour produire ces effets bienfaisants dans des limites générales. Réduit aujourd'hui à d'étroites proportions, grâce à la forme moderne du commerce des grains, l'accaparement des blés pouvait dans l'antiquité s'élever à des proportions effrayantes (379). Et brochant sur le tout, le manque de sécurité du commerce, causé par les pirates et l'instabilité des relations internationales, venait s'ajouter encore à l'imperfection du système des transports. Voilà l'origine du caractère local des renchérissements et des fluctuations énormes, et à peine croyables, des prix des grains (380).

(379) V. sur ce point par exemple BÖCKH, *Staatshaushaltung*... (Économie politique des Athéniens). T. I, livre 1, § 15.

(380) BÖCKH, *l. c*, l'a démontré pour la Grèce. A Athènes où le *médimne* avait couté 1 drachme sous SOLON, il sauta d'un coup à 16. Pour Rome, C. F. L. SCHULTZ, (*Grundlegung*... [Idées fondamentales de l'histoire du droit public de Rome], p. 502 s.), a soutenu le contraire, mais à tort assurément, pour ce qui concerne l'époque ancienne. Il est certain que plus tard, à mesure que Rome étendit son empire et que par cela même le commerce des grains gagna en sûreté extérieure et en étendue géographique, il s'établit un équilibre extérieur des prix; mais même à cette époque l'histoire mentionne des fluctuations de prix étonnantes. En l'an 544, d'après POLYBE, 9, 44, le medimne (6 *modii*), de grain de Sicile coûtait à Rome 15 deniers, le *modius* donc, puisque le denier valait alors 16 as, coûtait 40 as. Six ans plus tard, le marché romain fut tellement encombré (TITE-LIVE, XXX, 38), que l'on abandonnait la cargaison aux bateliers pour le fret. Le prix auquel la Sicile devait livrer le grain aux Romains était de 3 et 4 sesterces pour le *modius*. Dans les distributions publiques de blés, le *modius* était donné pour 1 as et au-dessous (v. plus loin). CIC. de off., II, 17, raconte de l'édile, C. SÉJUS qui avait maintenu ce prix dans un renchérissement, qu'il n'en souffrit pas de grands dommages. En l'an 314, il arriva par des circonstances particulières, (TITE-LIVE, IV,

En faisant l'application de ces données au sujet que nous traitons, nous pouvons nous rendre compte par nous-mêmes de l'influence d'un déficit dans la récolte, causé par les guerres. Les prix haussaient subitement d'une manière disproportionnée. Seuls, les riches auraient été en état de réaliser de larges importations de grains et de forcer ainsi la baisse des prix. Mais leur intérêt s'y opposait (381) : eux seuls se trouvaient à même de pouvoir vendre, et ils exploitaient la situation de toutes manières, financièrement et politiquement (382). C'est ce qui fit éclater leur haine contre Sp. Maelius, qui dans un cas pareil avait déjoué leurs spéculations : l'accusation soulevée contre lui, qu'il ambitionnait la royauté, était un prétexte de vengeance plutôt que le véritable motif de ce courroux (383).

Dans de pareilles circonstances, la situation des pauvres était

12, 16); que le prix du marché, pendant trois jours de marché consécutifs, s'abaissa jusqu'à 1 as. (Plin., Hist. nat., 18, 4). Un cas analogue se représenta encore une fois, plus tard. V. Niebuhr, *Röm. G.*, (Hist. rom.), t. 1, 4e édit., p. 483. L'écart entre les prix extrêmes des céréales, en Prusse, de 1815 à 1860, a été de 1 à 4, et cela pour une seule espèce de fruits.

(381) Plin., *Hist. nat.*, 18, 4, montre leur influence nuisible sous ce rapport, (*latifundia*) *singulorum arcentium vicinos*. Il n'est pas étonnant qu'il en résulta un état qui était presque l'équivalent de la prohibition. Tite-Live, II, 34, *caritas annonae* EX INCULTIS *per secessionem* AGRIS, *fames deinde*, QUALIS CLAUSIS FORET.

(382) Tite-Live, IV, 4, 12.. *regno prope per largitionis dulcedinem in cervices accepto*. Telle était aussi l'intention de Coriolan. Tite-Live, II, 34 : *Si annonam veterem volunt, jus pristinum reddant Patribus*. Pour comprendre la résignation et l'apathie politique que montrait parfois la plèbe, il ne faut pas perdre de vue l'influence de ce moyen de contrainte.

(383) Tite-Live, II, 12, 16. Il en fut de même dans d'autres circonstances p. ex. pour Sp. Cassius, M. Manlius. Ce n'étaient pas leurs tendances politiques qui motivaient cette explosion de haine, c'étaient leurs ambitions sociales, c'étaient les préjudices matériels que l'on redoutait de leurs innovations. On affectait de croire l'État menacé : des intérêts matériels étaient seuls en jeu.

intolérable ([384]). Une année favorable peut, dans l'état de nos rapports actuels, compenser pour l'agriculture toutes les conséquences dommageables d'une mauvaise récolte antérieure. A Rome cela n'était pas possible. En effet, dans une année d'abondance, lorsque le pauvre aussi avait ses greniers remplis, et aurait pu songer à vendre, les prix se tenaient très bas : quatre fois plus bas, et même plus, que le prix auquel peu auparavant il avait été forcé d'acheter. Pour réunir le prix d'achat il avait dû se procurer de l'argent à un taux énorme. La prochaine récolte devait couvrir le capital et les intérêts et les contributions de guerre. S'il survenait une guerre ou une année de disette, au lieu de secours, elle apportait des charges doubles et triples ([385]). On a voulu trouver la cause de la dette toujours croissante de la plèbe dans l'élévation du taux de l'intérêt. Ce n'était pas là le mal, ce n'en était que la conséquence. Sans les circonstances indiquées, la petite propriété foncière ne serait pas devenue tributaire de la grande, et le taux de l'intérêt lui-même n'aurait par conséquent pas été aussi élevé.

Une circonstance encore agrandit cette prépondérance du grand propriétaire foncier sur le petit : il était maître d'écarter la concurrence du second en l'empêchant jusqu'à un certain point de participer aux avantages de l'*ager publicus*. Mais indépendamment de ce privilége, cette prépondérance était déjà assez importante pour expliquer ce fait connu, que la petite

---

([384]) On trouve aujourd'hui le pendant de ce rapport, dans la culture de la vigne, avec cette distinction seulement, que les causes qui donnent ici au grand producteur une prépondérance si importante sur le petit, ont leur base non dans des rapports extérieurs, mais dans la nature de la culture de la vigne et du commerce du vin. RIEHL, *die bürg. Ges...* (La société civile), 1851, p. 601.

([385]) V. par ex. TITE-LIVE, VI, 32. *Parvo intervallo ad respirandum debitoribus dato, postquam quietae res ab hostibus erant, celebrari de integro jurisdictio et tantum abesse spes veteris levandi foenoris, ut tributo novum foenus contraheretur.*

propriété ne put se maintenir à côté de la grande et fut presqu'entièrement absorbée par elle ([386]). Le palliatif que la Lex Licinia (p. 146) voulut introduire, fut insuffisant : les choses en étaient arrivées au point qu'il n'y avait plus de remède possible à la situation. En effet, le seul moyen d'obvier à la catastrophe, défendre de cultiver à l'aide d'esclaves, était une impossibilité : il aurait fallu abolir l'esclavage lui-même! La disposition de la loi qui prescrivait l'emploi d'un certain nombre de personnes libres concurremment avec les esclaves, pouvait présenter cette utilité, qu'elle assurait du travail à une partie au moins du prolétariat des campagnes, et qu'elle rendait un peu plus onéreuse l'administration des grands domaines. Elle diminuait ainsi dans une faible mesure la prépondérance des grands propriétaires dans leur concurrence avec la petite propriété. Mais, je le répète, elle ne détruisait pas le mal lui-même. La culture à l'aide d'esclaves conservait toujours un double avantage que rien ne pouvait contre-balancer : le bon marché de la main d'œuvre d'abord, et par suite de la production ; et cette circonstance ensuite, qui vient d'être relevée, et à laquelle on pourrait attribuer une plus grande importance encore, qu'une guerre jetait la perturbation parmi les petits cultivateurs, mais ne troublait pas sensiblement la culture du grand propriétaire ([387]). Peu importait, quant au point capital de la question, que la *Lex Licinia* établît un maximum de la propriété foncière (500 jugera) et du bétail (100 têtes de gros

([386]) Pline, H. N., 18, 7. Appien, 1, 7. V. dans Cic. de offic. 2, 21, les paroles des tribuns : *non esse in civitate duo milia hominum, qui rem haberent.* Tite-Live, VII, 22... *solutio aeris alieni multarum rerum mutaverunt dominos.*

([387]) Au moyen-âge le rapport était précisément inverse. Le grand propriétaire qui portait surtout les charges de la guerre, aurait été entièrement ruiné par le petit, s'il n'avait pas rétabli l'équilibre par d'autres moyens.

bétail, 500 de petit bétail). Un bien de cette étendue était déjà un grand domaine dans notre sens ([388]) ; son extension au-delà de ces limites restait sans conséquences. Cette mesure ne pouvait en fin de compte profiter qu'à la grande propriété seule. Si même tout l'excédant des terres avait été vendu par petites parcelles aux gens pauvres, d'après la loi développée plus haut, cet excédant devait bientôt après se répartir de nouveau pour la majeure partie en grands ensembles de 500 jugera. Augmenter le nombre des *grands* propriétaires, empêcher les riches, dans l'intérêt des classes *aisées*, de placer leur fortune en biens fonds, tels furent en définitive les seuls résultats qu'atteignit la *Lex Licinia*. Au surplus, cette loi se heurta dès l'origine à des résistances si violentes, qu'elle ne put même réaliser ses intentions restreintes ([389]).

On aurait pu parer au danger, que la suppression ou une diminution importante des cultivateurs libres devait faire naitre, en les attachant de nouveau au sol en qualité de fermiers ou de métayers. Mais le système de l'affermage des terres en petites parcelles ([390]), tel qu'il existe par exemple en Angleterre, répondait peu aux relations de la vie romaine. Les mêmes inconvénients qui aggravaient la position du petit propriétaire pesaient sur le petit fermier. La concurrence n'était possible qu'entre grand propriétaire et *grand* fermier. Nous pouvons ainsi admettre que le système de la culture par soi-même resta de loin le plus répandu ([391]), au moins aussi longtemps qu'il

([388]) Cultivé par des esclaves. La mesure normale de la petite propriété était comme on le sait de 7 jugera, et même, à l'époque la plus ancienne, de 2 seulement.

([389]) APPIAN., 1, 8.

([390]) Sur les différents systèmes d'affermage qui existaient à l'époque de la république v. K. W. NITZSCH *Die Gracchen*... (Les Gracques et leurs prédécesseurs immédiats), Berl. 1847, p. 188-190.

([391]) Les Romains n'aimaient pas l'affermage v. par ex. COLUMELLA I, 7,

n'intervint pas un changement essentiel dans les rapports que nous venons d'énoncer. Ce changement se produisit sous l'empire, et conduisit à la formation du colonat.

Un autre mal non moins délétère, et inhérent aux conditions spéciales dans lesquelles se trouvait Rome, venait s'ajouter aux plaies sociales que nous venons d'examiner. La guerre fut, à Rome, pendant des siècles, le seul moyen d'acquérir, à la portée des gens sans fortune. Le Romain regardait la guerre comme un mode d'acquisition. L'on comprend que le service militaire ainsi envisagé, devenait pour lui, non une charge, mais un avantage. L'armée réclamait le partage du butin comme un droit : l'assignation du butin au trésor public lui paraissait un vol fait à son préjudice (392). Il y avait dans cette source de profits une égalité apparente entre toutes les classes; mais en réalité c'étaient les riches qui avaient l'avantage, parce qu'ils savaient se faire adjuger la jouissance de la majeure partie des terres conquises et converties en *ager publicus*. Les autres sources d'acquisition réputées honorables par les usages romains, supposaient toutes de la fortune, et même, pour pouvoir être utilisées avec succès, une fortune importante. Nous venons de le démontrer pour l'agriculture : partout où le capital est en jeu, le même phénomène se reproduit. L'accès aux grandes affaires, au véritable marché de l'argent était fermé, ou peu s'en fallait, au petit capital : il devait se contenter du petit trafic et du prêt à intérêts.

Une circonstance toute spéciale à Rome, la situation sociale de l'aristocratie d'argent, formant une caste propre, celle des

qui ne veut l'accorder qu'exceptionnellement et seulement dans des conditions spéciales.

(392) Tite-Live, II, 42... *malignitate patrum, qui militem praeda fraudarere.* On peut voir dans Tite-Live, XLII, 32, combien cette source de profit était abondante : *quia locupletes videbant,* etc., et 10, 25 : *mihi cordi est ut omnes locupletes reducam.*

chevaliers, venait ajouter encore à la supériorité que le grand capital exerce déjà par lui-même. Cette caste trouvait son assiette et sa raison d'être dans la richesse des capitaux dont elle disposait, opposée à la propriété foncière. L'activité, l'industrie, l'esprit d'entreprise étaient ses qualités distinctives. C'est le seul élément de la société romaine qui puisse être comparé à la bourgeoisie moderne, aussi bien par sa position intermédiaire entre l'aristocratie et le prolétariat, que par son esprit et ses occupations. La puissance financière s'était réunie ici dans une caste compacte et animée d'un esprit de corporation. Elle avait obtenu sa place marquée même dans l'organisation politique : sa forte cohésion et ses liaisons étendues exerçaient une puissance irrésistible. Il est évident qu'il n'y avait pas à songer à lutter avec elle : elle était sûre d'enlever un monopole absolu partout où elle voulait étendre ses spéculations. Le grand commerce, l'affermage des impôts publics, l'entreprise des fournitures et des travaux publics mis en adjudication, les affaires d'argent sur une grande échelle, par exemple avec les villes et les communes, etc., formaient, comme on sait, les objets principaux de son activité.

Quelles autres sources de profits restaient encore après celles-là? Cette question nous conduit au second mal fondamental qui minait la société romaine. Aujourd'hui, le talent et le travail luttent sous mille formes avec le capital. L'art, la science, l'église, le service public, l'armée, le travail manuel, le commerce, la fabrication, occupent des milliers d'individus et donnent à des milliers d'individus leur subsistance. Mais à Rome, quant à toutes ces professions et branches d'acquisition, il existait cette anomalie, qu'elles étaient méprisées lorsqu'elles servaient à gagner la vie; et que celles qui étaient honorées n'avaient nullement pour but de procurer de quoi vivre. A la première catégorie appartenaient le service public, l'art et la science. — Le service militaire n'était pas, à l'époque ancienne, une profession proprement dite, c'était un devoir civique général. Le préjugé social, ou la susceptibilité de l'orgueil répu-

blicain avaient jeté une tache sur le travail manuel proprement dit et même sur le petit commerce ([393]).

Ici encore l'esclave se vengeait des Romains d'une manière non moins sensible que dans la propriété foncière. Lorsque l'on a nommé l'esclavage le revers de la liberté romaine, lorsqu'on l'a désigné comme le canal de dérivation dans lequel la liberté romaine faisait écouler tout ce qui était impur, indigne, tout ce qui aurait pu ternir le sentiment de l'honneur et de la dignité d'un citoyen romain, on a proclamé en même temps que tout

([393]) CICERO de off., 1, 42. *Illiberales et sordidi quaestus mercenariorum omnium, quorum operae, non quorum artes emuntur: est enim in illis ipsa* MERCES AUCTORAMENTUM SERVITUTIS. *Sordidi etiam putandi, qui mercantur a mercatoribus, quod statim vendant, nihil enim proficiunt, nisi admodum mentiantur... opificesque omnes in sordida arte versantur,* NEC ENIM QUIDQUAM INGENUUM HABERE POTEST OFFICINA... *mercatura autem.. sin magna et copiosa, multaque undique apportans multisque sine vanitate impertiens non est admodum vituperanda.* DIONYS. 9, 25. L. 22, 25... *loco non humili, sed etiam sordido natus. Patrem lanium fuisse ferunt, ipsum institorem mercis filioque hoc ipso in* SERVILIA *ejus artis ministeria usum...* AUR. VICT., *de Viris illust.* c. 72. *Nam pater ejus,* QUAMVIS *patricius, ob* PAUPERTATEM *carbonarium negotium exercuit. Ipse primo dubitavit, honores peteret an argentariam faceret.* (Il s'agit, on le voit, de deux partis extrêmes, inconciliables entre eux). Parmi les affaires, *quae in odia hominum incurrunt et improbantur,* CIC. *de off,* 1 c. 42, compte aussi celles des *foeneratores* et ib. 2 c. 25 : il représente CATON répondant à la question *: quid fenerari?* par cette autre : *quid hominem occidere?* — Il y avait certains métiers dont les corporations prétendaient avoir été fondées par Numa. PLUTARQUE, *Numa* 71. HUSCHKE, *Verf..*, (Constitution de Servius Tullius), p. 149. TH. MOMMSEN, *de collegiis et sodaliciis Romanorum,* Kil. 1843, p. 37 s. On peut conclure de là à l'ancienneté de ces corporations, mais non à leur considération. Les centuries d'artisans de la constitution servienne (*Tibicines*, *Cornicines* et *Fabri*), n'étaient pas des corps de métiers : elles répondaient à nos compagnies d'artisans actuelles, et à nos corps de musique militaires, ainsi que le montre un regard sur le but militaire de cette constitution.

travail vil, affecté exclusivement ou principalement aux esclaves, faisait perdre l'honneur, que l'habileté et l'art, par cela seul qu'ils étaient exercés par des esclaves, prenaient le caractère d'*artes illiberales,* c'est-à-dire qu'ils paraissaient indignes d'un homme libre. Rivaliser sur ce terrain avec les esclaves, braver les préjugés régnants, c'était renoncer à son rang et à sa position, c'était se dégrader. Celui-là même qui s'y résignait par besoin, se trouvait dans une voie hérissée de difficultés. La concurrence du travail à bon marché des esclaves lui créait mille obstacles. Les grosses œuvres, tout ce qui concernait les besoins ordinaires de la vie, sauf d'insignifiantes exceptions, était accompli par des esclaves dans toutes les grandes maisons ([394]). Point d'autre débouché pour ainsi dire que les classes inférieures; peu de profits, par conséquent. Quant aux métiers qui exigeaient une adresse et une pratique plus grandes, il y avait des officines et des fabriques qui employaient des esclaves. A côté de ceux-ci, à adresse égale, et sans tenir compte du capital qu'il aurait fallu, l'ouvrier libre ne pouvait subsister : il ne le pouvait encore que fort difficilement, même s'il possédait une supériorité marquée.

L'esclave jouissait généralement de l'avantage que procurent une longue habitude et une adresse plus grande. La raison en est toute naturelle : il se consacrait à son travail sans rencontrer d'obstacles ni d'interruptions ; le travailleur libre souffrait des interruptions fréquentes. Mis en liberté, l'esclave continuait son industrie : avec ses besoins restreints, sa grande pratique, et la protection d'un patron puissant, elle pouvait lui assurer un revenu modeste, qui pour le travailleur libre n'était ni sûr ni peut-être suffisant, ni dans tous les cas assez séduisant pour l'engager à troquer la facilité et l'indépendance d'une vie de fainéantise contre la position humiliante que lui créait un pareil

([394]) V. Gallus de BECKER, t. 2 et 3 de l'édit. de REIN. V. Dans PETRONE, Satiricon, c. 38 un persiflage à l'adresse de cet état de choses : *Nec est, quod putes, illum quidquam emere, omnia domi nascuntur, etc.*

sort. On redoute la transition d'un degré social élevé à un degré inférieur. Le noble appauvri juge plus digne aujourd'hui de végéter comme prolétaire aristocratique, que de s'adonner comme un bon bourgeois à un travail honorable ; dans la bourgeoisie même, il est de ces individus que l'on nomme *de bonne famille*, qui préfèrent la vie de bohême à une existence d'artisan, il en était de même dans l'ancienne Rome.

De quelque côté que se tournât l'homme libre en quête de travail, partout il rencontrait le même ennemi héréditaire : l'esclave. Il le rencontrait dans la navigation ([395]), dans le commerce ([396]), dans l'organisation des impôts ([397]), même dans les emplois inférieurs de l'administration de l'État ou de la commune (*servi publici*) ([398]). A toutes ces causes de suprématie du travail à bon marché des esclaves sur celui des travailleurs libres, il faut ajouter une autre circonstance d'infériorité pour ces derniers. D'après les principes du droit ancien on pouvait acquérir par l'intermédiaire de personnes subordonnées de sa *familia*, mais non par l'intermédiaire de personnes libres. Il résultait

---

([395]) On ne prenait pas seulement les esclaves comme matelots (même dans la marine de guerre, TITE-LIVE, XXIX, 11, XXVI, 35), mais aussi comme capitaines, ainsi qu'il résulte de l'*act. exercitoria*.

([396]) Non seulement le personnel de service se composait souvent d'esclaves (*act. institoria*), mais souvent ceux-ci exerçaient eux-mêmes un petit commerce (*act. tributoria*). Dans le premier cas, ils fermaient la place aux travailleurs libres, dans le second, ils leur faisaient une dangereuse concurrence.

([397]) Cette organisation demandait un personnel inférieur nombreux : les publicains trouvaient naturellement plus avantageux d'occuper des esclaves (*familiae publicanorum*).

([398]) Il existait par exemple pour le soin de la conduite des eaux à Rome, sous l'empire, une *familia publica* de 240 esclaves, et une *familia Cæsaris* de 460 esclaves ; il en était de même pour le service des temples. Sur les *servi publici* comp. TH. MOMMSEN. *Röm. Staatsrecht*. (Droit public de Rome), I, 350-359.

de là, que dans toutes les relations qui exigeaient la conclusion d'actes juridiques au moyen d'intermédiaires, l'emploi de l'esclave en cette qualité emportait décidément la préférence. On pouvait bien atteindre le même résultat par un circuit, mais la voie directe ne présentait pas seulement l'avantage de la simplicité, mais aussi celui d'une plus grande sûreté. Le transfert du droit acquis par un intermédiaire libre exigeait un acte de la volonté propre de ce dernier; il pouvait par conséquent être retardé, refusé, rendu impossible, etc.; par l'intermédiaire de l'esclave, il se faisait de lui-même; l'intermédiaire libre avait un droit de disposition complet sur le droit acquis, l'esclave n'acquérait aucun droit.

Ainsi donc, même sur le terrain du droit, l'homme libre succombe dans la lutte contre la concurrence de l'esclave !

On le voit, l'ancienne Rome avait complètement rendue impuissante, en présence du capital, la faculté de vivre de son industrie personnelle : les grandes fortunes (en biens fonds ou en capitaux) avaient sur les petites une prépondérance disproportionnée. La classe intermédiaire, celle qui, dans un État où les relations sociales sont bien ordonnées, doit maintenir l'équilibre de la société, ne pouvait pas prospérer à Rome. D'une part la richesse s'amoncelait en masses toujours plus grandes, de l'autre croissait la misère et le prolétariat; une répartition plus équitable eût assuré une existence honorable à des milliers d'hommes avec ce qui affluait, là, vers un seul. Cette disproportion n'atteignit son point culminant que vers la fin de la république, mais déjà elle existait auparavant, quoique à un degré moindre (399).

(399) PETER, *Gesch.*, (Hist. rom.), t. 1, p. 103, remarque avec raison que l'on peut voir par les renseignements sur le recensement de Servius Tullius, qu'à cette époque déjà, il existait une inégalité relativement assez grande dans les fortunes. La moyenne de la fortune de la dernière classe est à celle de la classe supérieure comme 1 est à 10; mais de même qu'il y avait beaucoup de citoyens dont la fortune n'atteignait pas la

Il résulte de ce qui précède que le prolétariat était pour Rome une conséquence inévitable de son organisation. Les prolétaires affluaient à Rome, de tous les points de l'Italie, et cela pour des motifs faciles à saisir : Rome fut la ville idéale des prolétaires. A Rome, avec rien, sans travail, on menait une existence agréable ; à Rome, toujours des jeux, des fêtes, des largesses de la part de l'État et des riches, des distractions perpétuelles ! A Rome au moins, la misère était *glorieuse ;* le plus gueux se réchauffait à l'éclat et à la gloire de la puissance romaine ; c'était en partie son œuvre. A Rome, le mendiant lui-même se drapait dans le sentiment de sa valeur comme citoyen romain ; il pouvait dans les comices par tribus, exercer son droit de vote.... ou le vendre !

L'homme privé pouvait dégager sa responsabilité d'un pareil état de choses : il pouvait en accuser l'État ou bien encore l'organisation sociale. Or, que faisait l'État pour combattre le mal et y porter remède ? Mais avant de répondre à cette question, il est encore un phénomène de la vie romaine qui doit attirer notre attention. Il a, du reste, une intime corrélation avec notre sujet, la sollicitude de la part de l'État, il a la même cause et le même but : je veux parler de la libéralité des grands de Rome envers les classes inférieures. Elle prit avec le temps une extension si colossale que tout terme de comparaison nous fait défaut. Le motif n'en peut être trouvé, à mon avis, dans des efforts faits pour capter la faveur du peuple ; la corruption électorale n'en pouvait être le but ; s'il en était ainsi, nous verrions le même phénomène se reproduire dans d'autres républiques. Encore moins peut-on l'attribuer à l'esprit de bienfaisance : cette qualité-là faisait défaut au caractère des Romains.

Les circonstances décrites plus haut, en révèlent plutôt la

---

limite la plus basse de la classe la moins élevée, il y en avait certainement aussi qui dépassaient, et de beaucoup même, le taux le plus élevé de la première classe.

cause secrète. Il y avait un devoir social pour les classes fortunées à compenser la supériorité que ces circonstances leur attribuaient, et par leur générosité à l'égard des classes qui en pâtissaient, à réparer et à adoucir l'injustice qui en résultait. Quels que fussent, du reste, les mobiles qui faisaient agir les particuliers, un motif général dominait, il tendait à *l'apaisement du sentiment des classes inférieures, blessé par une iniquité sociale.* De là cette générosité qui embrassait toute une *classe* du peuple, imposée comme un devoir formel de position; de là la honte qu'il y avait à s'y soustraire ou à l'éluder ([400]). Ce n'était que justice. Seul un esprit bas, sordide, pouvait profiter des avantages d'une position privilégiée sans vouloir supporter les devoirs qui en découlaient. Toute grande fortune, dit un auteur moderne ([401]), emporte avec elle l'obligation morale d'en arracher à la jouissance égoïste et personnelle, une portion quelconque, pour la jeter dans la circulation au profit de l'intérêt général de la société. Au fond, la générosité de l'aristocratie romaine complétait le système de la circulation des richesses, en favorisant leur reflux vers les classes disgraciées (ce à quoi l'organisation imparfaite de ce système était insuffisante): elle corrigeait, au moins quelque peu, leur accumulation disproportionnée sur les points favorisés.

C'était donc un motif purement social, non une cause morale véritable, qui donnait l'impulsion à cette générosité. L'intérêt même des classes supérieures la commandait : elle était le moyen essentiel de s'assurer leur position, la manifestation de sentiments vraiment aristocratiques qui imposaient au peuple, et désarmaient l'envie. Les classes inférieures, comme les plus élevées, avaient un intérêt égal à arracher cette libéralité au bon vouloir de l'individu et à l'ériger en devoir commandé par

([400]) Cicero, de offic. 2, 16, 17.

([401]) Riehl, *die bürg. Gesellsch...* (La société civile). Stuttg. et Tüb., 1851, p. 178.

la coutume ([402]). L'occasion principale à laquelle l'opinion du peuple attachait l'accomplissement de ce devoir, était l'entrée dans les fonctions d'édile, et plus tard dans celles de questeur ([403]). C'étaient là généralement les premières marches à gravir, avant de franchir les degrés supérieurs de l'administration publique. Le fonctionnaire futur devait, à son entrée au service de l'Etat, payer en quelque sorte son droit d'entrée ([404]). La libéralité était la promesse tacite d'un exercice fructueux du poste; elle accompagnait la fonction, et comme telle, entrait comme élément essentiel dans l'organisme de l'administration publique. L'édile qui aurait accompli les tâches les plus laborieuses, mais qui ne se serait pas mis en dépense, et aurait géré le *munus patrimonii* comme un *munus personae,* non seulement aurait perdu la faveur des classes inférieures déçues dans leur attente, mais aurait encouru la mésestime de tout le peuple, et perdu à tout jamais pour l'avenir tout espoir d'influence et de réélection. Cette obligation des édiles paraît s'être développée peu à peu, grâce à l'organisation des jeux publics dont ils étaient chargés. L'État affectait une certaine somme à ces jeux (500,000 as pour les *ludi magni*) : si la somme était insuffisante, les édiles étaient naturellement tenus de combler le déficit; il n'avait du reste dépendu que d'eux seuls d'orga-

([402]) Cicero, de offic. 2, 16... *tota ratio talium largitionum genere vitiosa est* (c'est l'*homo novus* qui parle) TEMPORIBUS NECESSARIA. Ibid. 17. *Mamerco homini ditissimo praetermissio aedilitatis consulatus repulsam attulit.*

([403]) Auct., de Vir. ill., c. 17. *Lucullus... munus quaestorium amplissimum dedit.* Suet., *Domit.* c. 4... *Quaestoriis muneribus, quae olim omissa revocaverat.* D'après Tacite, Claudius érigea ce devoir coutumier en loi formelle, en obligeant les questeurs à donner, à leurs propres frais, des combats de gladiateurs.

([404]) C'est ainsi également que Cicéron l'entend dans le passage cidessus; dans sa pensée, en comparaison des honneurs qui lui échurent plus tard, le droit d'entrée n'avait pas été payé trop cher.

niser les jeux à moins de frais. Il en était de même pour les autres dépenses qu'entraînaient les fonctions d'édile, pour les livraisons de grains et d'huile au peuple, au-dessous du prix d'achat, pour les régals publics, l'établissement de ports, d'aqueducs, de rues, de théâtres. Les deniers publics étaient originairement le tronc auquel les dépenses propres des édiles devaient suppléer. Ces fonds publics se composaient en partie de sommes accordées sur l'*aerarium* pour un but particulier déterminé, en partie — avec droit de libre disposition pour les édiles — d'amendes qu'ils avaient eux-mêmes prononcées et recouvrées (405). On comprend sans peine que le subside des édiles devint avec le temps de plus en plus considérable : un édile ambitieux, vaniteux et magnifique contraignait, par son exemple, son successeur à déployer le même faste; et c'est ainsi que la dépense atteignit, de bonne heure (406), des proportions colossales (407).

On cite encore des exemples d'une munificence grandiose en faveur du peuple, fournis par d'autres fonctionnaires et par des personnes privées (408). Vers la fin de la république nous trou-

(405) *Decreta in eam rem pecunia* et *pecunia multatitia*. V. par ex. TITE-LIVE, X, 23, 47, XXXI, 50, XXXIII, 42, XXXVIII, 35, XXXIX, 44.

(406) Comme le dit CICERON de off. 2, 16 : *intelligo in nostra civitate inveterasse jam* BONIS TEMPORIBUS, *ut splendor aedilitatum ab* OPTIMIS *viris postuletur*. TITE-LIVE, XXXII, 7, XXXIII, 25.

(407) Le fait est avéré, et je puis me borner à quelques exemples : Livraisons de grain et d'huile au peuple à un prix dérisoire. TITE-LIVE, XXXI, 50; XXXIII, 42. PLINE, H. N. 15, 1. — Cadeaux en argent aux soldats; TITE-LIVE, XXXIII, 23, etc. — Établissement de 170 bains aux frais de l'édile, PLINE, H. N. 36, 15, de théâtres, VELL. PATERC., 2, 130, (*Munera Pompeji,*) etc. Dans beaucoup de cas où les historiens romains font mention des largesses au moyen desquelles un édile avait acquis la reconnaissance du peuple, ils ne disent point s'il les a faites à ses propres frais; mais nous pouvons admettre que la chose est sous-entendue, et que c'était cette particularité même qui constituait leur mérite aux yeux de ces historiens.

(408) Distribution de grains, TITE-LIVE, IV, 43. *Viscerationes* (Distribution de viande). TITE-LIVE, VIII, 22; XXXIX, 46. AUCT. de vir. ill., c. 32.

vons le système des largesses aristocratiques dans toute sa splendeur : mais nous nous en occuperons dans le livre suivant. Ce n'est pas le moment encore d'entrer plus avant dans cette matière.

Reprenons maintenant la question que nous posions plus haut : que faisait l'État pour alléger le sort matériel des classes inférieures ? Les mesures principales concernant l'assistance publique sont les suivantes :

1. *Assignation de terres* à la masse pauvre, soit par la fondation de colonies, soit par assignations sur l'*ager publicus.* Parmi tous les moyens, celui-ci était le premier sous le rapport politique comme sous le rapport social ; il débarrassait la ville d'une partie de la masse pauvre et turbulente, en donnant à celle-ci la base d'une existence morale. Les Romains considéraient particulièrement l'expédition d'une colonie comme une sorte de saignée sociale ([409]). Il y aurait un certain intérêt à rechercher si l'organisme social de Rome, sans le système de ces saignées périodiques, ne serait pas tombé plus tôt victime de ses vices internes. L'application de ce moyen remonte aux temps les plus antiques ([410]), et comme durant la république, les conquêtes

Délivrance de détenus pour dettes. Dionys., 4, 9, 10. Tite-Live, VI, 20. V. une masse d'exemples puisés dans des inscriptions, dans Kuhn, *über die Munera....* (Des spectacles publics des communes romaines) ; dans la Revue : *Zeitschrift für Alterthumswiss.* de Caesar, 1854. Liv. 1, p. 11-15.

([409]) Ou même comme l'assainissement d'un égout. Cic. de leg. agr. 2, 26 inf. *urbanam plebem exhauriendam esse ; hoc verbo usus quasi de aliqua sentina.* V. aussi Tite-Live, XXIV, 29, *sentinam quandam urbis rati exhaustam.* Tite-Live, X, 6. *Romae quoque plebem quietam et exoneratam deducta in colonias multitudo praestabat.* V, 24... *multiplex seditio erat, cujus leniendae causa coloniam in Volscos, quo 3000 civium Rom. scriberentur, deducendam censuerant.* Wachsmuth, *die ält. Gesch...* (Histoire ancienne de l'État romain), p. 326 s.

([410]) Engelbregt de legib. agrariis ante Gracchos. Lugd. Bat. 1842 p. 31.

augmentaient en même temps que le prolétariat, il fut toujours possible d'y recourir de nouveau.

2. *L'introduction de la solde,* était une mesure analogue. Plus les guerres s'éloignaient de Rome, plus leur durée par conséquent devenait longue, et plus aussi croissaient les charges qu'elles imposaient à la partie la plus pauvre du peuple. On ne pouvait modifier les circonstances qui amenaient un pareil état de choses; mais la solde fournissait le moyen d'égaliser jusqu'à un certain point la disproportion qui en résultait, et dans tous les cas de diminuer dans une certaine mesure les charges qui en étaient la conséquence. En l'an 348 de Rome, le parti dominant céda sur ce point aux réclamations de la classe pauvre ([411]).

3. *La question des grains* ([412]) avait une importance extrême. En cette matière, les efforts de l'autorité devaient tendre à maintenir autant que possible l'équilibre des prix, ou tout au moins à empêcher que les fluctuations dans les prix des grains

---

([411]) Tite-Live IV, 59. L'introduction de la solde, le partage de l'*ager publicus* et l'expédition de colonies étaient de ce temps les desiderata du peuple et lui servaient d'amorces. Tite-Live IV, 36 *Agri publici dividendi coloniarumque deducendarum ostentatae spes et.., in stipendium militum erogandi aeris*.

([412]) V. les ouvrages cités par Marquardt dans Becker *Handb*... (Manuel des antiq. rom.), 3e part. 2e sect. p. 88, parmi lesquels il faut recommander E. Nasse Meletemata de publica cura annonae apud Romanos. Bonn. 1851 v. aussi Rudorff R. R. G. (Hist. du droit rom.) I, § 18 et Rubino de Serviani census summis disputatio partic. 1. Marburg 1854, où l'auteur démontre entre autres (p. 24s.) que les prix indiqués en *asses* dans les *leges frumentariae* doivent être entendus de l'as d'une livre (calculé dans la pratique d'après un taux intentionnellement très modique, à un sesterce). Le prix incroyablement bas indiqué dans les passages cités à la note 416 a entraîné Schultz (*Grundlegung*... p. 509) à proposer arbitrairement de lire au lieu de *aeris : sestertiis*. Rubino vient de nous fournir l'explication vraie : ce n'est pas le moindre mérite de ce petit, mais précieux écrit de circonstance.

ne nuisissent aux classes inférieures. En temps ordinaire la question des grains était de la compétence des édiles; mais dans des circonstances calamiteuses on instituait un fonctionnaire spécial *(praefectus annonae)* ou une commission. Ces personnages avaient pour première mission de combattre les effets pernicieux de l'accaparement des blés ([413]); ensuite ([414]), d'acheter à l'étranger, à leurs frais, ou aux frais de l'État, des grains, pour les distribuer aux nécessiteux à un prix modéré. A l'origine, il ne se faisait point de distributions entièrement gratuites de grains, comme cela se pratiqua vers la fin de la République, conformément à une loi de CLAUDIUS. Mais l'État ou le fonctionnaire n'en faisait pas moins une libéralité en vendant au-dessous du prix d'achat. Cela n'est pas seulement dit, en termes exprès ([415]), mais on peut admettre pour avéré qu'ils ne pouvaient pas trouver leur compte à raison d'un as, et au-dessous, pour un *modius*, ainsi qu'il est attesté pour diverses époques ([416]). Ce souci pour la ques-

([413]) D'une part en les poursuivant criminellement, TITE-LIVE, XXXVIII, 35. IV, 12 : *et objiciendo irae populi frumentarios*. REIN, *Kriminalr...* (Droit crim. des Rom.), p. 829; d'autre part, en faisant baisser les prix au moyen de la concurrence créée par leurs distributions, PLIN. H. N., XVIII, 4. TIBÈRE obligea un jour les commerçants en grains à vendre à un prix moindre, mais il suppléa la différence, TAC., *Ann.* II, 87.

([414]) Dans un cas extrême, un *Praefectus annonae* employa un moyen très violent, mais qui manqua entièrement son but comme toutes les immixtions de ce genre. Il ordonna que tout le monde eût à faire la déclaration de ses approvisionnements et à vendre tout ce qui excéderait la provision nécessaire pour un mois. TITE-LIVE, IV, 12.

([415]) PLIN., H. N., 18, 4.. *frumentum populo in modios assibus* DONAVIT.

([416]) Outre les exemples de la note 380, v. TITE-LIVE, XXX, 26, XXXI, 4. (*quaternis aeris*, $^4/_{12}$ d'as), XXX, 50 et XXXIII, 42, (*binis aeris*, $^2/_{12}$ d'as). Epitome 60 (*lex frumentaria*) de C. GRACCHUS : *ut semisse et triente* ($^5/_6$ d'as) *frumentum plebi daretur*.

Le prix était très peu élevé, car le prix de marché du froment s'élevait dans des temps favorables jusqu'à 3 sesterces le *modius*, donc trois fois

tion des grains remonte jusqu'à l'époque la plus reculée ([417]), seulement à l'origine, on n'en arrivait à prendre des mesures que dans des circonstances réellement calamiteuses. Les frais que les nécessités entraînaient, tombaient alors encore exclusivement à la charge de la caisse de l'État, et l'on comprend sans peine que le Sénat n'autorisait des subsides sur l'aerarium que dans les circonstances les plus urgentes et non sans se faire payer le cadeau ([418]). Ce fut donc une amélioration sensible pour les classes inférieures, lorsque plus tard les édiles commencèrent à livrer à leurs propres frais des grains à bon marché. En dehors de ces distributions, on donnait gratuitement du pain à ceux qui s'étaient refugiés dans le temple de Cérès, qui était en quelque sorte le local officiel des édiles ([419]).

Dans la suite, la sollicitude des autorités publiques s'étendit encore à d'autres objets d'utilité matérielle, par exemple le sel, l'huile, les bains, les conduites d'eau, les matériaux de construction ([420]). En ce qui concerne le sel notamment, on institua dès

autant que le prix auquel on laissait le *modius* au peuple, si l'on ne comptait l'as-livre qu'à un sesterce. D'après la supposition plausible de RUBINO, (*l. c.*, p. 15, note 5), cette évaluation modérée de l'*aes grave* se produisit pour la première fois précisément à l'occasion des distributions de grains. Avec un *modius* un homme adulte pouvait subsister pendant une semaine, même en ne prenant que fort peu d'autre nourriture. Les soldats recevaient par mois 4 modii, les citoyens, dans les distributions de l'époque postérieure 5, les esclaves en hiver 4, en été, au fort du travail 4 $^1/_2$, le *villicus* seulement 3, parce que son autre nourriture était de qualité meilleure. CATO de re rust., POLYB., 6, 39. L'as avait déjà anciennement une valeur minime qui ne fit que diminuer dans la suite; mais il est impossible d'entrer ici dans plus de détails à ce sujet.

([417]) TITE-LIVE, II, 9, (246 av[t] J.-C.), 34, (an. 262 : *Si* VETEREM *annonam volunt*). DIONYS., 4, 22. AUCT. de Vir. ill., c. 7.

([418]) Tel était le but de la proposition de CORIOLAN. TITE-LIVE, II, 44, 35, ibid. IV, 12, *regnò prope per largitionis dulcedinem in cervices accepto.*

([419]) NON. MARC. de progr. serm. I, § 209, s. v. *pandere.*

([420]) TITE-LIVE, V, 55 ; VI, 4.

les premières années de la république la régie du sel, non dans l'intention d'ouvrir une source nouvelle de revenus pour l'État, mais pour arrêter la hausse artificielle que le commerce avait su réaliser sur cet article (421). Au VIe siècle, deux censeurs, dont l'un, M. LIVIUS, reçut à ce propos le surnom de SALINATOR, établirent un impôt sur le sel, sur des bases telles, que le débit du sel était affermé à des prix qui variaient pour les diverses contrées de l'Italie, tout en maintenant l'ancien prix pour Rome (422).

4. *La question de la dette.* Déjà nous avons remarqué (p. 73) que la question de la dette avait à Rome une importance sociale toute particulière. De pareilles questions ne peuvent plus avoir la même importance aujourd'hui. Il n'y a plus de classe de la société qui coure toute entière le danger d'être endettée ; il n'y a plus de classe à laquelle les dettes d'une autre puissent profiter. Il en était tout autrement à Rome. La dette y fut comme une épidémie, ravageant les couches inférieures que le sort précaire de leur situation économique y exposait presqu'exclusivement. Elle envahissait non les particuliers, mais la classe toute entière, et cela avec une affreuse et périodique régularité (423).

Nous savons déjà, (p. 72 et s.) par l'examen que nous avons fait des *novae tabulae* et des restrictions du taux de l'intérêt,

(421) TITE-LIVE, II, 9. *Salis quoque vendendi arbitrium, quia impenso pretio venibat, in publicum omni sumtu ademtum privatis.* TITE-LIVE n'aurait pu s'exprimer plus clairement, et son texte n'a pas besoin de justification. Mais il est incroyable comme on l'a mal interprété et avec quels raffinements on l'a tourmenté. V. DRACKENBORCH sur ce passage. On attribue à Ancus Martius un impôt sur le sel, AUCT. de vir. ill., c. 5, ainsi que le premier établissement des salines, et le premier cadeau de sel au peuple. PLIN. H. N., 31, 41.

(422) TITE-LIVE, XXIX, 37. Je ne vois pas sur quoi s'appuie l'assertion de RUPERTI, *Handb...* (Manuel des antiq. rom.) 2 part., p. 838, que le monopole du sel fut aboli en Italie ; il ne l'a appuyée d'aucune preuve.

(423) TITE-LIVE, VI, 36. *Gregatim quotidie de foro addictos duci et repleri vinctis nobiles domos.*

quelle était la conduite de l'État en présence de cette situation. Il nous reste encore quelques mots à ajouter, au sujet d'un fait relaté par TITE-LIVE ([124]). En l'an 403, le poids de la dette avait de nouveau atteint d'intolérables proportions. L'État, rapporte TITE-LIVE, intervint aux fins d'en arriver à effectuer une réduction dans la dette. Une commission fut instituée : on lui assigna un fonds sur l'aerarium ; une partie des créances fut portée au nom de l'État et reprise par lui ; une autre fut éteinte par la commission, qui ménagea un accord entre créanciers et débiteurs, notamment au moyen de la cession de choses contre des prix modérés. On éteignit ainsi, à la satisfaction de toutes les parties, et sans perte considérable pour l'État, une masse considérable de dettes.

La sollicitude et l'aide de l'État ne se bornaient pas à des mesures générales embrassant toute une classe du peuple; elles descendaient parfois dans les sphères les plus étroites des besoins individuels. C'est ainsi que nous voyons l'État agir d'une manière presque paternelle, par exemple constituer sur les deniers de l'État une dot aux filles de citoyens méritants, mais dénués de ressources, ou bien s'occuper du ménage de fonctionnaires absents, etc. ([125])

C'est donc une grave erreur de croire que l'État restait indifférent au bien-être de l'individu. Nous avons rencontré la solution de la question que nous avions posée plus haut (p. 229) : le système de la liberté individuelle ne repose pas sur une attitude purement *négative* et indifférente de l'État vis-à-vis de l'individu, il a son fondement dans la volonté *positive* de l'État.

([124]) TITE-LIVE, VII, 21.

([125]) VAL. MAX., 4, 4, § 6 et 10. FRONT., Strateg., 4, 3, § 15. AUCT. de vir. ill. c. 40. (Aliments à la femme et aux enfants de RÉGULUS), ib. c. 18, 24, 23. (Cadeau d'une maison, d'un emplacement pour bâtir, pour ériger un tombeau). VAL. MAX., 5, 1, § 1. (Enterrement aux frais de l'État). SENECA, consol., 12. Quelquefois des collectes publiques se faisaient à cet effet parmi le peuple v. AUCT. de Vir. ill., c. 18, 32.

L'idée que nous avons combattue jusqu'ici trouve son origine dans cette observation, que l'État romain se tenait complètement passif dans une foule de circonstances où l'État moderne a l'habitude d'intervenir par des lois restrictives ou par des dispositions d'une autre nature, par exemple le contrôle, la coopération de l'autorité, etc. Cette différence laisse une impression qui s'efface difficilement, lorsqu'on considère, par exemple, l'attitude de l'État romain antique et celle de l'État moderne en présence de la tutelle et de la famille. Mais c'est conclure avec trop de précipitation que de proclamer l'indifférence de l'État romain en ces matières. Le secret de cette attitude le voici : le pouvoir public bornait son intervention dans la limite du strict nécessaire. L'État romain ne craignait pas d'intervenir, soit en édictant des restrictions, soit en apportant son concours ([126]), lorsque la nécessité du moment rendait cette intervention indispensable. Mais il n'allait pas plus loin. L'État policé moderne, au contraire, part de l'idée fixe que son intervention, son contrôle, etc., sont toujours nécessaires à la marche des affaires : il se croit obligé d'étendre partout sa sollicitude.

B. *Pouvoir et liberté dans le droit public.*

Action libre de la personnalité dans les rapports du droit public. — Pouvoir des magistrats romains. — Garanties contre les abus du pouvoir des fonctionnaires. — Pratique du droit politique. — Importance de la personnalité pour la magistrature.

> *Fateor in ista ipsa potestate inesse quiddam mali, sed bonum quod est quaesitum in ea sine isto malo non haberemus.*
>
> CICÉRON de legib., 3, 10.

40. L'opposition entre le système de la liberté et celui de la coërcition, que nous avons étudiée au § 34, embrasse aussi bien

([126]) V. pour le surplus l'étude sur le fondement du droit subjectif. (§ 69 et ss.).

le droit public que le droit privé. Si le lecteur veut se rappeler l'exposé qui précède, il saura, que je n'identifie nullement la liberté dans le droit public avec la constitution républicaine. L'esprit de la vraie liberté n'est l'esclave d'aucune forme d'État : il a souvent déserté des républiques pour aller s'établir dans une monarchie absolue. Là, où le pouvoir public s'est érigé en source exclusive de tout droit et de toute puissance, là, où il a absorbé toute la liberté, tout le mouvement, qui doivent être répandus dans l'organisme tout entier, pour ne les laisser émaner que de lui, là, le vol fait à la vraie liberté par le pouvoir public ne cesse pas d'être un vol, parce que la forme républicaine de la constitution a donné à chaque individu sa part d'autorité homœopatiquement diluée.

Nous avons déjà (p. 123) placé l'essence et le but final de la liberté dans la mission créatrice de la personnalité. Cette mission, non plus que la tendance, le besoin de la personnalité à la remplir, ne se renferme pas dans le cercle étroit de l'existence privée : quelle que soit la sphère où s'agite la personnalité, la vie publique, l'art, la science, elle conserve toujours cette tendance. A mesure qu'elle trouve occasion de la réaliser, nait cet amour de sa mission, qui trouve sa satisfaction et son bonheur précisément dans l'abnégation dont il doit faire preuve et dans les sacrifices qu'il doit s'imposer. C'est le ravissement où la plonge la libre action de sa force créatrice qui anime la personnalité de cette flamme divine d'un véritable amour, qui lui communique ce sublime élan. Enlevez-lui sa liberté, mettez-la sous tutelle, enveloppez-la d'un réseau de restrictions fastidieuses, et cette exubérance inépuisable de force de volonté spontanée dont elle dispose, toute cette abnégation, tout cet empressement, se perdent et restent stériles pour la mission qui lui est assignée. Certes, dans toutes les sphères de l'activité humaine, il est des positions inférieures et des devoirs qui, par leur nature, excluent l'action libre et l'activité créatrice, qui ne demandent et ne permettent que des services subalternes. Celui qui consent à les remplir, renonce d'avance à toute initiative; sans

droit pour commander, il ne saurait trouver dans les obstacles extérieurs une cause de désaffection. Mais il en est autrement, lorsque, par sa nature, la mission suppose une action spontanée et qu'une défiance déplacée vient largement restreindre et contrarier cette spontanéité. Concéder ou tolérer une puissance, admettre par cela même les prétentions qu'elle éveille, mais lui enlever toute possibilité d'une initiative quelconque, et la dégoûter d'elle-même; étouffer dans leur germe l'agrément, l'amour et le dévouement à la mission; détruire chez les caractères ordinaires le sentiment de la personnalité, pour ne laisser à la place que le sentiment de n'être que le rouage d'une machine, l'instrument inconscient de la loi ou d'une volonté supérieure; entretenir chez les caractères énergiques le ressentiment profond que soulève la contradiction entre une mission à accomplir, des moyens imposés, et une incessante tentation qui pousse à enfreindre les restrictions, telle est la sagesse d'un système, jusqu'à ce jour encore en pleine faveur parmi nous, et que caractérisent la tutelle de l'autorité, la peur de la liberté, la crainte de la puissance de la personnalité.

Au travers de toutes nos institutions circule un courant de défiance; partout la pleine puissance nous inspire la terreur; nous n'avons de repos que lorsque nous avons rendu l'abus impossible. C'est cette absence de la personnalité, c'est ce respect exagéré de la règle morte et de l'institution, que j'ai indiqués déjà comme un trait de caractère de notre époque, qui se montre dans tous nos rapports, et pas seulement dans ceux du droit public. Voyons, par exemple, la position des fonctionnaires. Ils sont courbés sous le fardeau des lois, des ordonnances, des instructions qui dirigent leurs moindres pas, comme s'ils étaient frappés de cécité. Là où la loi morte a laissé une lacune, où elle offre donc l'occasion d'abandonner la décision à l'appréciation personnelle du fonctionnaire, la défiance vient encore y mettre obstacle, en lui imposant de faire un rapport et d'attendre que la décision vienne de haut. Voyons ensuite nos corporations. On a, par terreur, étouffé le

gouvernement personnel et spontané de la corporation, pour le remplacer par le système de la tutelle de l'État! Et la tutelle actuelle, même, quelle dérision! Comme le tuteur y est paralysé à chaque pas qu'il médite, grâce à la tutelle d'en haut! Au lieu d'accorder à cette question de la personnalité son importance vraie, de n'investir de ces fonctions de tuteurs que des hommes qui inspirent la confiance, au lieu de chercher les garanties nécessaires dans leur personnalité, leur solvabilité, etc., on a donné à toute l'institution de la tutelle un caractère qui, calculé pour des tuteurs complètement incapables, entrave et paralyse complètement l'homme à la hauteur de sa mission et lui enlève tout amour pour ses fonctions. Cette politique de la peur a franchi les dernières limites de l'absurde, le jour où plaçant le chef d'une armée qui se trouvait en présence de l'ennemi, sous l'autorité d'une chancellerie militaire éloignée, on lui défendit de livrer bataille, avant d'en avoir fait approuver le plan.

Le système romain présente avec le système moderne le contraste le plus tranché. Les Romains savaient qu'un État puissant exige des membres vigoureux, qu'un État qui a les bras liés ne peut rien accomplir de grand : ni la crainte d'un abus possible, ni leur sentiment de la liberté ne les empêchèrent de doter leurs magistratures de la pleine puissance. Habitués partout à un grand déploiement de force, ils n'auraient pas supporté à la tête de leur communauté la faiblesse et l'impuissance. Le peuple ne cherchait pas chez ses fonctionnaires une conduite humble, timide et modeste, il se plaisait à leur voir des manières d'agir impérieuses, royales; ils devaient refléter en eux la puissance et la majesté mêmes de l'État. Aussi leur accordait-il de bon gré, à cet effet, la puissance et la position nécessaires. POLYBE a pu faire justement remarquer que l'État romain, lorsqu'on jette les yeux sur les magistratures, produit l'impression d'une monarchie ([127]). La plénitude de puissance dont les

([127]) POLYB., VI, 11, 5. 12, 9.

fonctionnaires étaient revêtus depuis l'antiquité ne reçut aucune atteinte depuis le IVe siècle jusqu'à la fin de la république, ne fut même l'objet d'aucune critique. La démocratie ne se plaisait pas alors, comme de nos jours, à rabaisser le pouvoir du gouvernement et l'autorité des fonctionnaires, dans l'intérêt prétendu de la souveraineté du peuple. Ce qui montre combien le sol romain était favorable à la puissance des fonctionnaires, c'est qu'il fut possible aux magistratures, qui ne naquirent qu'au commencement du IVe siècle, d'étendre bien au delà de leurs limites primitives le cercle de leurs attributions, et cela de leur propre autorité et sans aucune intervention de la puissance législative.

Ce respect inné des Romains pour le pouvoir, leur sentiment naturel de la discipline et de la subordination, expliquent suffisamment, sans devoir en aller rechercher la cause jusqu'à la royauté, cette popularité qui à Rome entourait le pouvoir et cette autorité dont jouissaient les fonctionnaires.

Une certaine opinion, on le sait, considère la royauté romaine comme une institution théocratique, comme une espèce de haute prêtrise ([128]). Ne pouvant admettre que l'idée de la nécessité de l'autorité ait pu naître de la simple conception morale et naturelle des rapports sociaux, elle a appelé la royauté à son secours, pour couronner la magistrature aussi, son héritière, de l'auréole d'une consécration divine. Si même je partageais cette manière de voir au sujet de la royauté, je ne pourrais cependant consentir à lui faire jouer un pareil rôle. A côté des consuls, les vrais héritiers de la dignité royale, vinrent peu à peu se ranger d'autres magistratures, qui toutes, bien que n'ayant point dans leur passé d'antiques traditions religieuses, ni la royauté pour les revêtir de cette auréole divine, n'en avaient pas moins de prestige et d'autorité. De plus, la fonction sacerdotale proprement dite, qui était l'apanage

([128]) Gerlach et Bachofen, *Gesch*...(Hist. des Romains), t. I, 2e partie.

de la royauté romaine, avait été enlevée à la magistrature pour être transférée au *rex sacrificulus*. Or, c'était un rôle bien piteux que celui que remplissait cet héritier de la puissance religieuse des rois!

Quelques preuves frappantes expliqueront le pouvoir des fonctionnaires romains. Tout d'abord, il importe de se rendre compte de l'indépendance absolue et de la spontanéité des magistrats dans leurs rapports avec le peuple. En nommant un fonctionnaire, le peuple ne se donnait pas un serviteur, un inférieur *(minister)*, mais un maître, mais un supérieur *(magister*, mot formé de *magnus)*. La circonstance qu'il était l'élu du suffrage populaire, et qu'après avoir résigné ses fonctions il pouvait être attrait devant le peuple pour en répondre, était sans influence aucune sur le pouvoir qui lui était confié. Dès qu'il avait revêtu sa dignité, la nature de ses rapports avec le peuple changeait complètement de caractère; hier encore plein d'humilité, il toisait de haut désormais ceux qui venaient de lui accorder leur suffrages. La volonté du peuple ne pouvait désormais plus rien lui enlever; — il était juridiquement inamovible pendant l'année que duraient ses fonctions; — elle ne pouvait l'empêcher, dans l'exercice de sa charge, de prendre sa propre conviction pour seul guide. La volonté du peuple n'apparaît ainsi, pour la magistrature, que comme un élément purement transitoire, elle s'épuise par le seul acte de l'élection et retourne ensuite pour toute une année à l'arrière-plan. Les fonctionnaires tenaient certainement compte de la volonté et des désirs du peuple, mais l'importance qu'ils y attachaient ne dépassait guères le souci qu'en aurait pu prendre le souverain d'un Etat monarchique. Lorsqu'ils étaient d'un avis opposé, ils n'hésitaient pas le moins du monde à passer outre: l'histoire nous a conservé à cet égard des traits et des mots ([429]) qui respirent un quasi-absolutisme.

([429]) VAL. MAX., 3. 7, 3: *Tacete quaeso, Quirites, plus enim ego, quam vos, quid reipublicae expediat, intelligo.* Ibid. 6. 2, 3. 6. 4, 1, 2. AUCT., de Vir. ill. 58 § 8.

La *dictature* est, on le sait, parmi les diverses magistratures, celle qui, eu égard à la plénitude de la puissance, occupe le premier rang. Elle semble un emprunt passager de la république à la royauté absolue : elle contient l'aveu que le régime républicain est bien praticable dans les circonstances ordinaires, mais qu'aux époques de conflagrations extraordinaires, la concentration de la toute puissance publique entre les mains d'un maître absolu devient une nécessité. Elle est la reconnaissance de la légitimité relative de l'absolutisme à l'intérieur d'un État libre.

Plus restreint était le pouvoir des *consuls:* mais quelle n'était pas l'étendue de leur autorité! Il dépendait *de jure* du consul s'il convoquerait, et combien de fois, les assemblées du peuple et du sénat ([430]). Cette convocation ne pouvait avoir lieu contre son gré. — Il fixait l'objet de la délibération : lorsque le vote paraissait devoir lui être défavorable, il pouvait dissoudre l'assemblée, etc. Il avait la libre disposition du trésor public ; l'exercice de ce droit, très-remarquable, ne dépendait point du concours du Sénat. Nous y reviendrons plus loin à l'occasion de la position des magistratures vis-à-vis du Sénat.

Se rapprochant très près des consuls, par leur pouvoir positif, venaient ensuite les *Censeurs*. Leur droit de punir était, il est vrai, limité par le genre des peines qu'ils pouvaient appliquer, mais, pour le reste, il se distingue autant par son étendue que par son affranchissement du droit de provocation à l'assemblée du peuple. Ils avaient le pouvoir, comme on le sait, d'exclure de la tribu, du corps équestre, du sénat. Ils avaient en outre le droit de compléter le sénat par leur propre choix, d'établir des impôts ([431]), etc. ; en un mot, ils possédaient des droits portant l'empreinte d'un absolutisme parfait.

La nature du pouvoir des *tribuns* était à l'origine principale-

---

([430]) Quant aux séances du sénat, il était lié par les *usages*. (V. plus loin).

([431]) Par ex. LIVIUS SALINATOR (p. 252) établit l'impôt du sel.

ment négative ; il consistait en un droit de veto contre les mesures arbitraires des magistrats patriciens. Mais dans la suite ils surent non-seulement donner à ce droit de veto l'extension la plus large, mais ils y ajoutèrent des droits positifs de la plus haute efficacité, notamment le *jus prendendi*. Tandis qu'à l'origine ce droit leur était contesté, même à l'égard des personnes privées de la classe patricienne, ils l'exercèrent plus tard contre les consuls eux-mêmes ([432]). « La puissance tribunitienne, pour parler comme Niebuhr, déborda les consuls, le Sénat et le peuple lui-même : les tribuns n'étaient pas tant des représentants de la nation vis-à-vis du pouvoir suprême, que des tyrans temporaires. L'un d'eux fit mener en prison le consul qui interrompait son discours ; un autre y fit jeter les deux consuls ; un troisième fit brûler vifs neuf de ses collègues ! ([433])

Ce n'est point l'étendue extraordinaire du pouvoir qui est étonnante dans ces rapports de puissance : ce qu'il y a d'admirable surtout c'est que les droits même les plus excessifs ne sont soumis à aucune condition. Il faut renouveler ici l'observation qui a été faite (p. 130) au sujet de la manifestation du même phénomène sur le terrain du droit privé ([434]). La condition tacite

([432]) V. Tite-Live, II, 56 et III, 26. Le Sénat lui-même prêta les mains à cette usurpation. Ils tentèrent aussi, à ce que rapporte Gellius, XIII, 12 ; de s'emparer du *jus vocationis* qui appartenait aux magistrats ayant l'*imperium ;* ils osèrent même aller jusqu'à l'exercer contre les consuls ; mais là leur usurpation échoua ; la *vocatio* ne leur fut jamais accordée.

([433]) Val. Max., 6, 3, 2. 9, 5, 2. Ciceron de leg., 3, c. 9. Aur. Vict. de Vir. ill., 66, § 9.

([434]) Je pourrais encore rappeler ici la tutelle de l'ancien droit, dont je n'ai pas trouvé occasion de parler plus tôt. La caractéristique des pouvoirs publics s'y applique trait pour trait. La tutelle était, comme on sait, dans l'ancien droit, un rapport de puissance (*jus in capite libero*), et même un rapport juridiquement très libre ; le tuteur n'était lié par aucune disposition ni aucune restriction, et il ne pouvait être pris à partie qu'après avoir résigné ses fonctions.

de l'exercice de tous ces droits, c'est l'existence même des circonstances qui en légitiment l'usage. Mais comment ces circonstances prennent-elles naissance, et se révèlent-elles réellement? Ce fait est exclusivement abandonné à l'appréciation du détenteur du pouvoir. Il peut commettre une méprise, — certes — mais au moins lui est-il loisible aussi de s'arrêter à un parti meilleur. Et lors même que le danger n'eût pas été considérablement diminué, grâce à des influences que nous allons examiner, encore les Romains pouvaient-ils s'en consoler par cette réflexion que faisait valoir Cicéron, en disant de la puissance tribunitienne, que le mal est le prix du bien (435). Les garanties constitutionnelles contre l'abus de la puissance tribunitienne étaient bien faibles; contre l'abus du veto elles faisaient absolument défaut. De tous les pouvoirs, celui du tribun a été le plus exagéré; c'est celui qui s'est le plus dévoyé. Et là encore néanmoins Cicéron trouve à le justifier (436). En fait cependant, et considéré de près, le danger des abus est beaucoup moins effrayant qu'il ne le paraît au point de vue purement abstrait : qu'un tribun poussât l'outrecuidance jusqu'à faire jeter un consul en prison; qu'un censeur chicanier biffât des sénateurs et des chevaliers et fît entrer de ses créatures à lui dans le sénat; que le consul, dans des buts frivoles, dissipât les trésors de l'aerarium, qu'il se refusât par animosité personnelle, à proclamer les magistrats élus par le peuple pour l'année suivante; que les augures, dans un intérêt de parti politique, découvrissent de prétendus vices de formes dans les auspices, pour casser des élections ou d'autres actes publics — tous ces faits étaient, abstraitement, fort possibles, ils se présentèrent même plus tard, lorsque l'arbitraire

(435) De leg. 3, c. 10. *Sed iniqua est in omni re accusanda praetermissis bonis malorum enumeratio vitiorumque selectio. Nam isto quidem modo vel consulatus vituperabilis est, si consulum, quos enumerare nolo, peccata collegeris.*

(436) V. l'épigraphe de ce paragraphe.

eut dépouillé toute pudeur et ne recula même plus devant la violation ouverte des lois. Mais alors aussi, il est vrai, se produisit, comme nous le verrons au livre suivant, la conséquence inévitable de tous ces excès, la puissance s'anéantit elle-même. Mais n'oublions pas que nous sommes encore à l'époque ancienne, où les choses se passent autrement. Je n'attache guères d'importance aux garanties constitutionnelles : elles existaient plus tard aussi, sans qu'elles aient pu arrêter le mal, preuve qu'il y avait un autre élément décisif pour empêcher les abus de naître; cet élément, c'était l'esprit de l'époque ancienne. Lorsqu'un mauvais esprit règne sur une époque, il paralyse et rend impuissantes toutes les formes juridiques quelles qu'elles soient : lorsque la partialité et la vénalité siégent dans les tribunaux, les meilleures lois ne peuvent empêcher l'arbitraire. Que l'on énumère donc, pour l'époque ancienne, les garanties que donnait la constitution, rien de mieux : mais que l'on n'y voie que des moyens extérieurs, impuissants, seuls à atteindre leur but autrement qu'en s'inspirant du génie dont le souffle remplissait l'ère antique de Rome.

Ces garanties constitutionnelles consistaient d'abord dans la responsabilité qui menaçait le fonctionnaire à l'expiration de ses fonctions, ensuite dans l'intercession des tribuns et des magistrats supérieurs. Il est à peine besoin de faire observer, que le fonctionnaire ne répondait pas seulement des violations de la constitution, de ses transgressions aux lois, mais même de ses actions et omissions contraires à l'intérêt de l'État, quelle qu'en fût du reste la légalité extérieure ([437]). Le droit d'intercession qui compète à des magistrats d'un rang égal ou supérieur touche aux particularités les plus remarquables de la constitution romaine. Il accordait à la force de résistance purement négative une influence qu'elle n'eut jamais ailleurs. Son but qui était de

([437]) E. Laboulaye. Essai sur les lois criminelles des Romains, concernant la responsabilité des magistrats. Paris, 1845.

suspendre toute mesure ouvertement mauvaise, doit avoir été généralement atteint, au moins dans l'intérieur de la *ville* de Rome. Il y aurait lieu de se demander si ce droit d'intercession n'a pas eu plutôt une influence paralysante, s'il n'a pas empêché au contraire beaucoup de choses bonnes de se produire. Tout dépendait, on le comprend, de l'esprit dans lequel ce droit était exercé. Si le veto n'était exercé, conformément à l'esprit de la constitution, que comme moyen de protection contre des mesures absolument condamnables, il ne créait aucun danger pour la spontanéité des magistrats; dans le cas contraire, si une simple divergence d'opinion, ou même la chicane, avait provoqué l'intercession, ce moyen aurait été la ruine de toute spontanéité chez les magistrats : le principe délétère qu'il aurait porté en lui, aurait été plus néfaste que le mal même contre lequel il devait protéger ([438]). On sait qu'il fut souvent abusé de ce moyen pour atteindre des buts qui lui étaient étrangers, notamment par les tribuns, pour arracher des concessions politiques par leur veto opposé à des mesures nécessaires, par exemple la levée ou la répartition des impôts de guerre ([439]), mais on ne saurait soutenir, à mon avis, que cette institution ait porté atteinte à la spontanéité des magistratures. Cela se comprend

([438]) Il en était de même de bien d'autres droits. L'époque de la décadence n'a pas manqué d'exemples éclatants d'abus, auxquels il était répondu d'autre part par l'inobservation flagrante de la loi. (Sueton. Jul. Caesar, 20. Cic. ad att., 4, 2). Exemples : Abus du *servare de coelo* et de l'*obnuntiare* (*vitiare diem*. Cic. ad att., 4, 9). Cic. ad att. 4, 3, 3 de domo, 15, 39, 40, de har. resp., 23, 48. Sueton, *l. cit.* Empêchement du vote du Sénat par : *diem dicendo consumere.* Cic. ad att., 4, 2, et même empêchement de délibération id., 1, 18, 3, 24. Chicanes soulevées au sujet de l'exécution du mandat de nommer un dictateur. Tite-Live, epit. VIII, 12; 19.

([439]) C'est ainsi qu'ils empêchèrent pendant cinq ans (de 379 à 383), l'élection des fonctionnaires patriciens pour imposer l'accession des plébéiens au consulat. Tite-Live, VI, 35.

du reste. L'usage téméraire du veto contenait un abus des fonctions, entraînait une responsabilité et une peine, au même titre qu'un exercice repréhensible de droits positifs [140]. De plus, une intercession n'était pas aussi commode en fait, que l'on pourrait bien se l'imaginer [141]. Elle jetait un défi au magistrat contre lequel elle était dirigée, et l'on ne se décidait pas sans nécessité à un parti aussi hostile et qui soulevait tant de clameurs. L'opinion publique créait une position aussi fâcheuse à l'auteur d'une intercession téméraire qu'à tout autre fonctionnaire dans ses mesures positives : il ne s'agissait pas seulement de soulever un débat, il fallait le soutenir; une accusation dénuée de motifs humiliait son auteur, qui pouvait même être forcé de la retirer [142]. Ici donc encore la puissance n'était pas, dans la réalité, aussi dangereuse qu'elle le paraissait, enveloppée dans sa forme abstraite.

Je n'attache guères, je l'ai dit, une importance décisive aux deux garanties constitutionnelles contre l'abus des fonctions dont il a été question jusqu'ici. La garantie la plus forte était plutôt en dehors de la constitution : elle se trouvait dans l'esprit du temps, dans le caractère du peuple, dans les éléments et les

(140) V. par ex., Tite-Live, V, 29.

(141) V. par ex., Vellej. Paterc., 2, 44 : *Bibulus, collega Caesaris, cum actiones ejus magis* vellet *impedire, quam* posset (c'est-à-dire qu'il n'osait pas le tenter), *majore parte anni domi se tenuit.*

(142) Tite-Live, XLV, 21... *persaepe evenisset, ut.. qui ad intercedendum venissent, desisterent victi auctoritatibus suadentium legem.* Ib., XXXI, 6. *laceratusque probris in senatu tribunus plebis.* XXXI, 20. *victus consensu patrum tribunus cessit.* XXXIX, 5. *victus castigationibus tribunus.* Dans le cas cité par Tite-Live, IV, 60, les tribuns mirent leur veto contre l'établissement des impôts de guerre, mais ils eurent la confusion de voir que chez les pauvres et les riches : *spreto tribunitio auxilio certamen conferendi (tributi) est ortum.* Il se passait souvent plusieurs années sans qu'il se présentât un seul cas d'intercession. Tite-Live, IX, 33.

puissances de fait de la vie romaine. Je n'ai pas besoin de répéter ici les développements dans lesquels je suis déjà entré (p. 133 s.) au sujet du droit privé. Ce que j'ai dit alors, s'applique *a fortiori,* au cas actuel. Ce qui était vrai du pouvoir privé imparti au particulier en vertu de son propre droit, et qu'abritait l'intérieur de la maison romaine, était plus vrai encore du pouvoir public qui ne lui était confié que pour en assurer la marche : se mouvant toujours dans la pleine lumière de la publicité, exposé à tout instant au contrôle et à la critique des contemporains et de la postérité (443), accessible de tous les côtés et tempéré par des influences et des considérations de toute nature, tel était ce pouvoir (444). Le droit laissait pleine liberté au fonctionnaire : mais une puissance invisible l'entourait de toutes parts; elle ne l'empêchait pas de faire bien, elle le retenait de céder à la tentation de faire mal.

C'est cette puissance invisible, c'est l'amour de la patrie, l'esprit d'abnégation, c'est le respect des traditions, vivants dans le cœur du magistrat, qui faisaient le meilleur de la constitution romaine et qui l'ont faite ce qu'elle fut. Si nous éliminons ces facteurs pour nous en tenir uniquement au mécanisme extérieur de la constitution, au droit formel, alors il est vrai, cette constitution doit nous paraître la plus imparfaite

(443) Réservant notamment au magistrat la perspective humiliante de voir son successeur dans les fonctions retirer la mesure prise, v. par ex. le cas cité par Tite-Live, IX, 30, où pareille résolution fut accompagnée d'un blâme sévère.

(444) Même par l'influence des rapports de famille, par ex. par la *patria potestas* (Val. Max., 5, 4, 5. 5, 8, 3. Tite-Live, II, 41), les agnats et les gentils (v. par ex. note 348). Le pontifex maximus lui-même fut obligé par la voix du peuple de fermer les yeux sur certains obstacles prétendus du droit ecclésiastique. Tite-Live, IX, 46, *coactus consensu populi.* Un censeur fut même obligé de céder à l'opinion publique, qu'il avait excitée contre lui par un acte arbitraire, en donnant sa démission. Tite-Live, IX, 29.

qui ait jamais existé : la plus vicieuse de nos constitutions modernes la dépasserait infiniment. Si nous ne l'avions compris déjà, nous pourrions puiser là cette leçon, que la valeur d'une constitution n'est pas dans la perfection de son mécanisme, mais dans l'esprit dans lequel elle est appliquée. Cet esprit, nulle loi ne peut l'évoquer ni le créer : il est le peuple et l'époque mêmes. Là où il est vrai, la législation a le plus facile de tous les rôles : ainsi en était-il au beau temps de la liberté romaine. La loi ne devait pas enseigner au fonctionnaire quel était l'usage légitime qu'il avait à faire de ses droits, ni quelles étaient les conditions de leur exercice : il *devait* le savoir et il le *savait.*

On peut affirmer, sans crainte de contradiction, que le droit *écrit*, tant en ce qui concerne le nombre des lois, qu'en ce qui concerne leur contenu, était extrêmement pauvre sous ce rapport. Nous avons déjà vu (p. 44), que la tendance à la fixation objective du droit s'est en général manifestée à un degré bien moindre sur le terrain du droit public que sur celui du droit privé. Nous en trouvons le motif, en partie dans la différence profonde, expliquée précédemment, entre ces deux parties du droit, et en partie aussi dans les circonstances toutes particulières de l'histoire de la constitution romaine, notamment dans le dualisme du patriciat et de la plèbe. Peu à peu se rencontrèrent dans la constitution romaine les éléments les plus divers : des restes de la royauté unis à des institutions d'un caractère purement républicain, des idées aristocratiques et démocratiques, trois assemblées populaires différentes, en un mot un assemblage des plus bizarres. Déterminer avec une précision mécanique l'action réciproque de tous ces pouvoirs les uns sur les autres, arrêter les limites de leur compétence respective, et lors de l'introduction de nouveaux pouvoirs, prévoir exactement et régler la réaction que l'innovation devait opérer sur le tout, c'eût été là pour le législateur une opération des plus compliquées. Abstraction faite du système politique de la loi des XII tables, aboli avec la chûte du décemvirat, les Romains n'ont jamais tenté de formu-

ler législativement leur constitution dans son ensemble. Par rapport à la magistrature, la législation se contentait de la restreindre çà et là (par exemple par rapport à la provocation à l'assemblée populaire, par rapport au montant de la *multa*, etc.) : dans l'introduction de nouveaux pouvoirs elle ne faisait autre chose que leur donner la vie. Comment ces pouvoirs auraient influé sur l'ensemble, comment ils se seraient produits à côté de ceux qui existaient, comment ils auraient exercé leur puissance au plus grand profit de l'État, c'étaient là toutes questions qu'ils avaient à résoudre eux-mêmes, c'est-à-dire qui restaient abandonnées au tact de leurs détenteurs, à la force des circonstances et à la sagacité de la pratique. En tenant compte donc de l'exubérance et de la variété du développement politique à Rome, les matériaux que la législation lui consacra se réduisent à fort peu de chose : elle déposa quelques germes bien faibles, qui sous l'influence de la vie, développèrent les formes les plus puissantes, par exemple, la censure. C'est ce que les Romains eux-mêmes remarquèrent (445).

On objectera qu'ici, comme en tant d'autres cas, le droit coutumier a comblé les lacunes du droit non écrit. Je découvre dans cette objection une observation fort importante pour l'appréciation exacte du droit politique de Rome en général, et pour la position des magistrats en particulier, et qui m'oblige à combattre énergiquement l'opinion dominante. L'erreur de celle-ci, est de confondre les usages et la tradition (*mos, mores majorum*) avec le droit coutumier. Le droit coutumier et le droit légal ne se distinguent, comme on le sait, que par la manière dont ils naissent ; quant à leur force obligatoire, elle est exactement la même; la contravention à l'un comme à l'autre, contient

(445) TITE-LIVE, IV, 8.. *rei* A PARVA ORIGINE *ortae, quae deinde tanto incremento aucta est, ut morum disciplinaeque Romanae penes eam regimen, senatus equitumque centuriae decoris dedecorisque discrimen sub ditione ejus magistratus, publicorum jus privatorumque locorum vectigalia populi Romani sub nutu atque arbitrio essent.*

une illégalité et engendre une nullité. Mais le droit coutumier est précédé par un état d'indétermination que j'ai décrit et que j'ai désigné sous le nom d'usages. Cet état qui n'est qu'une phase de développement transitoire pour certaines règles qui se condensent en droit coutumier proprement dit, reste pour une foule d'autres un état permanent dont elles ne parviennent jamais à se dégager.

En face du droit coutumier, l'usage paraît comme quelque chose d'imparfait, de non-achevé; mais il a dans cette imperfection même un avantage particulier sur le droit coutumier. Pour certains rapports l'usage est seul possible; cela arrive là où une certaine règle doit, en général, être observée, mais où la possibilité d'une déviation motivée de celle-ci doit rester ouverte. Ce n'est donc pas le hasard qui maintient constamment certaines règles dans cet état d'usages; elles perdraient leur utilité propre, dès qu'elles deviendraient des dispositions juridiques proprement dites. Cette remarque s'applique aussi bien aux rapports du droit public, qu'à ceux du droit privé. L'exemple de Rome ancienne (de même que de nos jours celui de l'Angleterre), est bien propre à nous donner une idée exacte de l'importance de l'usage pour le droit public. Il était de l'essence de l'esprit conservateur du caractère romain que l'on accordât une grande influence aux précédents politiques (*exempla majorum*) ([146]), et qu'il se fondât par con-

([146]) Il y a une violente exagération à ériger, comme dans l'histoire des Romains de Gerlach et Bachofen (T. 1. 2e partie, p. 208), les précédents en base unique de l'état postérieur et en seule règle pour le juger. Si un état pareil pouvait se concevoir n'importe où, le peuple chez lequel il se rencontrerait, mériterait d'être comparé aux moutons de Panurge. Jusqu'aujourd'hui, ce peuple n'a pu exister que dans les visions nocturnes d'un admirateur de l'immobilité absolue. Mais le transporter à Rome, ne devrait pas être possible, à mon avis, même en rêve, à celui qui a quelque peu étudié Rome. Que serait, en effet, ce fétichisme pour les précédents, si ce n'est le quiétisme le plus coupable, l'apathie la plus

séquent facilement une pratique politique. Si la pratique, dans les applications du droit civil, n'avait pas force obligatoire absolue (bien que le principe de l'égalité, ainsi que nous l'avons remarqué précédemment, eût pour elle une toute autre importance que pour l'administration), elle pouvait en avoir bien moins encore pour les rapports du droit public. Il y avait certes, en droit public comme dans le droit civil, certaines dispositions, certaines règles qui, sans être prescrites par la loi, étaient cependant invariablement appliquées par la pratique; mais il serait erroné d'en dire autant de toutes les règles de la pratique. Il faut plutôt distinguer, même pour le droit politique, entre le *droit coutumier* proprement dit (par exemple l'incapacité des femmes à occuper des emplois publics, la nécessité de l'observation des auspices, l'impossibilité juridique d'une assemblée populaire sans la convocation de la part d'un magistrat, etc.), et *le simple exercice et la pratique du droit politique.*

Le magistrat devant la pratique n'était ni complètement libre, ni complètement dépourvu de liberté. Il n'était pas complètement libre, car son pouvoir ne lui était confié, que sous la condition tacite, qu'il ne s'écarterait pas, à moins de motifs particuliers, des voies suivies jusqu'alors: il conservait d'autre part une certaine liberté, car il restait appréciateur des motifs qui pouvaient l'engager à quitter exceptionnellement ces voies ([447]). Et il importait aux Romains que l'on n'agît ainsi

méprisable, la subordination aveugle de la volonté de toutes les époques suivantes au jugement de la première et en même temps de la dernière personne pensant par elle-même? V. des exemples du contraire, TITE-LIVE, XXXI. 9 *toties ante.. de pecunia certa, ii primi de incerta;* XXXI, 48, 49; V, 16: *novo exemplo; patres... auctores fuerunt;* VIII, 16 *petitum a consulibus, ut extra sortem Corvi ea provincia esset;* de même X, 24 *omnes ante se sortitos;* VIII, 23, 26 i. f. *prorogatio imperii non ante in ullo facto;* IX, 30... *quod traditum ab antiquis erat*; X, 37 *novo exemplo;* XXXVII, 11; XLV, 21 etc. V. note 450 s.

([447]) Telle est l'objection que je pourrais faire notamment à LABOULAYE,

que sous l'empire des raisons les plus impérieuses. S'écarter de l'usage établi sans raison majeure, d'une manière inconsidérée, était un fait rare à l'époque ancienne : il excitait chez le peuple presqu'autant d'émotion qu'une violation des lois (448).

C'était au fonctionnaire à examiner dans chaque cas s'il serait plus convenable, plus avantageux pour le bien de l'État, d'abandonner ou de suivre la tradition. Il devait, à cet effet, peser soigneusement toutes les circonstances. Il avait à tenir compte de la différence dans la valeur intrinsèque des règles suivies dans une pratique établie. Certaines règles pouvaient lui apparaître comme de simples habitudes, indifférentes quant au fond (par exemple l'ordre dans les votes du Sénat), d'autres au contraire étaient l'expression d'une nécessité politique (par exemple l'exécution des décrets du Sénat). D'un autre côté, le poids des raisons qui pouvaient être jetées dans la balance pour justifier une dérogation dans tel ou tel cas, était également variable. On comprend aussi, que l'individualité du fonctionnaire, sa timidité ou sa résolution, ses tendances et son opinion politique devaient exercer la plus grande influence. Mais le magistrat ne pouvait jamais perdre de vue que la déviation de l'usage était un acte

---

l. c., p. 73, qui pour le reste caractérise en excellents termes la situation. « En droit, dit-il, le magistrat était tout puissant ; mais la coutume l'em- » prisonnait dans un cercle de précédents, dont il lui était comme impos- » sible de sortir. *Free by law, slave by custom* ; cette devise du citoyen » anglais était aussi celle du magistrat romain, qui se glorifiait de son » respect pour la tradition et considérait la coutume comme une des bases » les plus solides de l'État. »

(448) C'est ainsi que l'on cita toujours comme exemple de l'esprit despotique de Tarquin le Superbe, d'avoir omis l'adjonction d'un *consilium* dans la prononciation de jugements de condamnation. Cependant cette adjonction n'était autre que celle du conseil des parents dans l'exercice de la juridiction criminelle de la part du père. Il faut ranger sous le même point de vue, à mon avis, le reproche qu'on lui faisait ainsi qu'aux décemvirs, d'avoir contrevenu à l'usage qui obligeait de convoquer le Sénat.

qui excitait l'attention, et avait besoin d'être justifié; que lors même qu'il eût agi avec la meilleure foi du monde, un blâme d'abord, une accusation et une peine ensuite, pouvaient l'atteindre. Des considérations personnelles de ce genre, ne pouvaient certes faire hésiter celui qu'animait un véritable amour de la patrie; mais il avait soin de ne pas rompre en visière avec l'usage établi sans nécessité et sans raisons décisives. Maintes règles purent ainsi être observées pendant des siècles, sans qu'il y fût dérogé, jusqu'à ce qu'une complication extraordinaire de circonstances permît à un magistrat résolu de se départir de la pratique. Si celle-ci avait revêtu une force obligatoire absolue, une pareille action aurait constitué une illégalité, que le magistrat ne se serait pas exposé à commettre sans l'assentiment du Sénat. La manière dont les écrivains romains mentionnent des exemples de cette espèce, de même que les circonstances dans lesquelles ils se produisirent, prouvent qu'une pareille idée était étrangère aux Romains.

Il s'agit maintenant de démontrer la vérité de l'opinion qui vient d'être développée. On pourrait être tenté de lui opposer la généralité des termes *mos* et *mores majorum* employés par les Romains et leur allégation que le *mos* était observé comme loi. Ce qui prouve la faiblesse de cette objection, c'est la circonstance que *mos* désigne aussi bien le droit coutumier, que les usages dans le sens expliqué ci-dessus (149). Le seul moyen d'aboutir

(149) Le *mos* comprenait aussi bien des préceptes sociaux et des dispositions de la morale romaine traditionnelle, que des règles d'une nature purement juridique. Cela est si connu qu'il est à peine besoin d'en citer des preuves. Je renvoie par ex. à CICÉRON de leg. 2, 24; de offic. 1, 35. 2, 19. GELL., V, 19. Si même l'on attache de l'importance à un témoignage de VARRON, qui nous a été conservé par SERVIUS et MACROBE, *mos* ne signifierait que l'usage dans notre sens, et *consuetudo* l'usage affermi et établi en droit coutumier. SERV. ad Aeneid. 7, 601 : *morem esse communem consensum omnium simul habitantium, qui* INVETERATUS CONSUETUDINEM FACIT.

à la vérité, c'est d'examiner la pratique romaine elle-même, en matière de droit politique : c'est ce que nous allons faire, et l'on verra quelles sont les conclusions que l'on peut en tirer.

Il était formellement contraire à la tradition que les magistrats tenant les comices réunis pour l'élection de leurs successeurs laissassent prolonger leur propre mandat : pendant les guerres puniques un consul passa sur cette difficulté dans la meilleure intention et sa manière d'agir fut universellement approuvée ([450]). D'après la tradition, le consul seul pouvait désigner un dictateur; mais les augures le permirent aussi aux tribuns militaires ([451]). Le Sénat seul pouvait décerner les honneurs du triomphe; mais lorsque, par esprit de chicane, il refusa à Postumius le triomphe qu'il avait mérité, celui-ci se le décerna lui-même et une partie des tribuns le soutinrent ([452]). A l'exemple des magistrats revêtus de l'*imperium*, les tribuns s'arrogeaient le privilége de ne pouvoir être attraits en justice, et la tradition s'était en effet établie en ce sens; mais lorsqu'il arriva à des tribuns d'invoquer ce privilége d'une manière condamnable, leurs propres collègues les abandonnèrent, et décrétèrent que la tradition ne serait pas respectée en cette circonstance ([453]). En ce qui concerne le vote au Sénat, il y avait de toute antiquité un ordre traditionnellement établi; maints consuls y dérogèrent cependant ([454]). Le Sénat aussi

V. aussi Arnobius adv. gent., 2, 22 : *fiet familiaris* E MORE CONSUETUDO *in naturam versa*. Macrob. Saturn. 3, 8 : *morem praecedere, sequi consuetudinem.. perseverantiam consuetudinis... cultus moris, quod est consuetudo.*

([450]) Tite-Live XXIV, 9. *Tempus ac necessitas belli ac discrimen summae rerum faciebant,* NE QUIS AUT IN EXEMPLUM *exquireret*, etc.

([451]) Tite-Live, IV, 31.

([452]) Tite-Live, X, 37. *Novo exemplo.*

([453]) Val. Max., 6, 1, 7. 6, 5, 5.

([454]) Gellius, XIV, 7. Dans le cas dont parle Gellius, ce fut *per ambitionem gratiamque;* mais néanmoins le *droit* de le faire n'était pas contesté ici au consul.

n'hésitait pas à s'écarter de la tradition, lorsqu'il le jugeait nécessaire ([455]), et le *Pontifex maximus* lui-même dut s'y résoudre malgré lui, sur le désir du peuple ([456]). Une éclatante désapprobation frappait, à Rome, toute déviation non motivée, toute violation flagrante de la tradition : mais tout en la critiquant sévèrement, jamais l'accusation ne portait sur l'*illégalité* de l'acte. Du moins, ce terme ne se rencontre-t-il pas chez les auteurs, qui, au courant des choses, évitaient d'employer une expression incorrecte ([457]). D'autres auteurs ont évidemment pu établir une confusion facile à faire, entre la tradition, la pratique et le droit. Il serait étonnant dèslors que l'on ne trouvât pas chez les annalistes des divergences sur des questions de droit politique, reposant sur cette seule confusion. Par exemple lorsque des annalistes grecs comme POLYBE, DENYS D'HALYCARNASSE, PLUTARQUE admettaient une obligation *juridique* ([458]), l'auteur romain versé dans la connaissance de la manière de voir des Romains de l'antiquité, savait que pareille obligation n'existait pas. Ce qui

([455]) VAL. MAX., 2, 7, § 15. TRIBUNO PLEBIS ADVERSANTE, NE ADVERSUS MOREM MAJORUM *animadverteret*. TITE-LIVE, V, 16; XXIV, 9; XXXI, 6 et 8; XXXIX, 3, 9.

([456]) TITE-LIVE, IX, 46. *Quum* MORE MAJORUM *negaret nisi consulem aut imperatorem posse templum dedicare.*

([457]) P. ex. CICERON in Vat. c. 14 : *In omni memoria omnino inauditum.* TITE-LIVE, XLV, 21. *Novo maloque exemplo.*

([458]) Par exemple par rapport à la question de savoir si le consul pouvait, sans un décret du Sénat, prendre de l'or dans l'aerarium. POLYB., 6, c. 12, § 5, c. 15. ZONAR., 7, 13. Comme nos auteurs modernes n'ont pas tenu compte de l'observation faite ci-dessus, la divergence continue entre eux sur cette question, comme sur beaucoup d'autres (V. RUBINO, *Recherches*, p. 178. BECKER, *Handb...* [Manuel des antiq. rom.], t. 2, 2e partie, p. 110). Tous les efforts pour concilier les contradictions apparentes des textes échoueront aussi longtemps qu'on ne se résoudra pas à admettre le point de vue que j'ai établi.

paraissait à l'un une violation du droit, n'était pour l'autre qu'une action blâmable en soi mais légale dans la forme. Je n'ai pas besoin de faire remarquer combien ces divergences mêmes entre les annalistes confirment l'exactitude de toute mon appréciation. Cette différence, ou plus généralement l'impression d'indétermination, d'incertitude qui ne nous abandonne pas un seul instant sur le terrain du droit public romain, montre à toute évidence que l'usage, dont l'essence est précisément l'indétermination (p. 33), règne souverainement en cette matière ([459]). Il y avait un pouvoir à Rome où la puissance de l'usage se manifestait plus que partout ailleurs : c'était le Sénat romain ([460]). Il rentre dans notre sujet d'examiner ses rapports avec les magistrats, notamment avec les consuls. En droit, le Sénat n'était qu'un pur corps délibérant; il n'était pas au-dessus, mais au-dessous du consul. Il n'existerait probablement aucun doute à cet égard, si ici encore la forme que ce rapport a pris dans l'usage n'avait induit en erreur. Les formes seules dont le Sénat revêtait ses décrets ([461]), suffisent pour établir la vérité, et d'ailleurs les faits historiques et les expressions des Romains

([459]) Ce serait une entreprise méritoire, dans les travaux sur le droit public de Rome, de constater et de préciser une fois pour toutes les controverses existantes, au lieu de s'ingénier, comme on l'a fait jusqu'ici, à découvrir partout des principes déterminés et certains. Il ne m'est pas possible de mentionner ici tous les matériaux que j'ai réunis, sans compter qu'ils sont encore très-incomplets. Mais je puis assurer d'avance à celui qui voudrait s'occuper d'un pareil travail une très-riche moisson.

([460]) Presque toutes les règles qui se sont développées par rapport au Sénat, sont dues à mon avis, à la pratique et aux usages, par ex., l'obligation de convoquer le Sénat, de suivre un certain ordre dans le vote, l'effet qu'avait la *senatus autoritas,* de garantir contre une accusation le fonctionnaire qui s'y était conformé, etc.

([461]) *Senatui placere, videri, senatum existimare, arbitrari, aequum censere,* etc. Brisson, de voc. ac form. lib., II, c. 73, 78. De là aussi le nom du décret lui-même : *Senatus* CONSULTUM.

de nature à jeter la plus vive lumière sur ce rapport du Sénat, sont loin de faire défaut [462]. On comprend cependant que l'avis et les propositions d'une assemblée qui se composait des hommes les plus éminents par leur position sociale, par leur intelligence et leur expérience politiques, devait avoir, pour les fonctionnaires aussi bien que pour le peuple souverain, une grande autorité morale. L'intérêt seul du consul suffisait déjà pour le déterminer à délibérer toutes les mesures importantes en commun avec le Sénat, et à entretenir avec lui les meilleures relations possibles, afin de s'en faire un appui contre le peuple. Lorsqu'il pouvait obtenir le consentement du Sénat pour des mesures qu'il prévoyait de nature à provoquer des résistances [463], non seulement il leur enlevait leur caractère odieux [464], ainsi que le danger d'une condamnation ultérieure pour lui-même [465], mais la mesure

---

[462] Par ex. le cas rapporté par DIONYS. excerpta 16, 16 où le consul repoussa un décret du Sénat en disant : οὐ τὴν βουλὴν ἄρχειν ἑαυτοῦ, ἕως ἐστὶν ὕπατος, ἀλλ' αὐτὸν τῆς βουλῆς, par ex. aussi, des scènes, comme dans VAL. MAX., 6, 2, 2. 9, 5. 1, 2, où le Sénat suppliait le consul, et où celui-ci ne daignait pas même répondre; ou bien où le consul faisait mettre la main sur un membre du Sénat en pleine séance. V. en outre les passages rapportés par RUBINO, Recherches.., p. 125 et 146.

[463] Le même motif détermina le Sénat à soumettre au peuple des questions que constitutionnellement il avait le droit de décider seul. V. p. ex. TITE-LIVE, V, 36. *Itaque* NE PENES IPSOS CULPA ESSET.. *cognitionem.. ad populum rejiciunt*, et VII, 20. IX, 30. *Rubino* l. c. p. 273, 274. Il lui arrivait même de renvoyer ces questions au magistrat pour qu'il en décidât lui-même (*rejicere ad magistratum*). TITE-LIVE, IX, 43.

[464] TITE-LIVE, V, 20. *Ipsum dictatorem fugere invidiam et eo; eo delegasse ad senatum.* V, 22 : *qui ad senatum malignitatis auctores quaerendo rem arbitrii sui rejecisset.*

[465] TITE-LIVE, V, 29. Deux tribuns qui avaient fait une intercession ordonnée par le Sénat, furent cependant condamnés ensuite, mais comme dit TITE-LIVE : *pessimo exemplo,* et cet exemple même montre clairement

elle-même était assurée d'avance d'un tout autre accueil, que s'il l'avait prise de son propre chef, en vertu de sa pleine puissance ([466]). Il faut ajouter encore que c'était le Sénat qui assignait les provinces, accordait des légions, décernait des triomphes, etc. : un magistrat ambitieux avait donc mille motifs pour se concilier la faveur du Sénat. On comprend ainsi comment les décrets du Sénat rencontrèrent en règle générale, de la part du consul, le même respect que le Sénat accordait sous l'empire aux *orationes principis*. En définitive, le Sénat était un des pouvoirs politiques les plus influents, quoique dans la forme, dans sa position abstraite, il n'eût que simple voix délibérative. Il ne faut pas se figurer cependant que l'élément abstrait n'ait revêtu aucune réalité pratique, et que l'on puisse n'en tenir pas compte pour caractériser l'action politique du Sénat. Cela serait inexact pour les époques même où le Sénat avait atteint l'apogée de sa puissance, et à plus forte raison pour les époques antérieures. Ce qui montre la réalité pratique de cet élément, c'est qu'il y avait effectivement bien des circonstances où les fonctionnaires non-seulement arrêtaient les mesures les plus graves sans l'intervention du Sénat, en vertu de la plénitude de leur puissance, mais où même ils se mettaient en contradiction ouverte avec les intentions déclarées du Sénat, dédaignaient ses décrets ([467]) (*non esse in autoritate senatus*), sans qu'une pareille manière d'agir fut considérée comme *illégale* ou nulle, sans qu'elle pût même provoquer le moindre blâme. Lors-

---

quelle protection donnait l'*autoritas senatus*. Les consuls furent amèrement blâmés de ce qu'ils avaient souffert : FIDE PUBLICA DECIPI *tribunos, qui senatus auctoritatem sequuti essent*.

([466]) On mentionne des cas où le magistrat ne put mener à bonne fin des intentions parfaitement légales, parce que cet appui moral du peuple lui faisait défaut. V. p. ex. TITE-LIVE, VIII, 15.

([467]) V. des ex. dans APPIAN. de bello civ. I, 19. TITE-LIVE, XXXXIII, 2. RUBINO, *l. c.*, p. 128, note 3 et LABOULAYE, p. 34, 36.

que par exemple la passion politique inspirait les décrets du Sénat ([468]), l'opinion publique, avec sa prépondérance morale, se jetait du côté du fonctionnaire, et celui-ci remportait, dans la forme et moralement, un triomphe sur le Sénat. En dehors de ces cas la position du fonctionnaire vis-à-vis du Sénat était difficile : elle ne laissait aucun espoir de succès ([469]). En effet, bien qu'en droit le Sénat n'eût aucune autorité sur lui, les moyens de faire prévaloir ses volontés ne lui manquaient pas. Le premier de tous était ([470]) de s'assurer de la coopération d'un magistrat qui, grâce à sa position hiérarchique, pouvait contraindre le récalcitrant. Telle était la position du dictateur et des tribuns vis-à-vis de tous les fonctionnaires, et du consul vis-à-vis de tous également, à l'exception des deux premiers. Si donc par exemple le consul même n'était pas *in autoritate senatus,* son collègue recevait la mission de nommer un dictateur ([471]). S'il accomplissait son mandat, le pouvoir des consuls était dissous et par cela même la résistance brisée. S'il ne remplissait pas sa mission, ou si dès le principe il faisait cause commune avec son collègue, le Sénat pouvait s'adresser aux tribuns et les inviter à faire usage de leur droit de contrainte contre les consuls, pour les obliger à prendre la mesure réclamée ou à se démettre de leurs fonctions (directement par abdication ou indirectement

([468]) Par ex. contre Postumius. note 452, ou Metellus. Auct. de vir. illust., c. 45 *quum per calumniam triumphus ei a Senatu negaretur, de sua sententia in Albano monte triumphârit.* Tite-Live, VII, 17.

([469]) Comp. p. ex. le conflit qu'eut le consul M. Popillius avec le Sénat. Tite-Live, XLII, 8-10, 21, 22.

([470]) V. en un autre dans Tite-Live, XLII, 10. *Macedoniam decreturos negant, ni de M. Popillio referretur. Postulantibus deinde, ut novos exercitus scriberet, ut supplementum veteribus liceret, utrumque negatum est;* VII, 17 *omnique ope impediebant, ne quid dictatori ad id bellum decerneretur pararetурve.*

([471]) Tite-Live, XXX, 24.

par la nomination d'un dictateur) ([172]). Les tribuns, comme le consul lui-même, n'étaient pas obligés, en droit, d'accepter cette mission, mais on comprend sans peine qu'ils devaient être tout disposés à s'en charger. Dans les cas extrêmes il restait encore au Sénat la ressource de déclarer le fonctionnaire ennemi de la patrie ([173]), et de proclamer sa déchéance. Ce cas excepté, le Sénat ne pouvait le démettre de ses fonctions (le peuple lui-même ne le pouvait pas). Si les circonstances ne se prêtaient pas à l'application de ce moyen extrême, si les tribuns refusaient leur concours, il ne restait plus au Sénat qu'à attendre la fin de l'année et à compter sur une plus grande complaisance de la part du successeur (V. par exemple note 469).

Ces exemples suffisent pour expliquer et démontrer mon assertion sur la force particulière des *usages* en droit politique.

Dans quel rapport, *quant à leur nombre*, les règles de l'usage politique se trouvèrent-elles avec les dispositions du droit public? C'est là un point que je ne puis prouver. Pareille preuve équivaudrait à un exposé de tout le droit public de Rome. Je dois donc me borner à une simple allégation, m'en référant pour le surplus au jugement des personnes compétentes. J'estime que la plus grande partie, de loin, des règles qui recevaient leur application dans la vie publique des Romains, n'étaient pas du *droit* public, mais constituaient des *usages* publics. Cette circonstance permettait de rendre justice aux besoins changeants de l'époque, sans toujours réclamer le secours du légis-

([172]) TITE-LIVE, IV, 26 : *ut dictatorem dicere consules pro potestate vestra cogatis*. Les tribuns durent à l'ordre mentionné ici de la part du Sénat, la possibilité d'étendre leur *prensio* contre les consuls. TITE-LIVE, V, 9 : *et collegae aut facient, quod censet senatus aut si pertinacius tendent, dictatorem extemplo dicam, qui eos abire magistratu cogat*. Les sources mentionnent souvent des cas de démission forcée. TITE-LIVE, V, 31 ; VIII, 3. epit. 19, etc.

([173]) Par exemple APPIAN. de bello civ. I, 65.

lateur; mais d'un autre côté, elle rend infiniment pénible à l'historien de suivre le mouvement, de décrire cette croissance et cette décroissance presque ininterrompues, cette expansion et cette concentration des différents pouvoirs, cette fluctuation et ce choc d'éléments divers. Cette flexibilité des usages, cette possibilité juridique de négliger exceptionnellement des règles et des maximes publiques dans des cas où leur application aurait été contraire au vrai bien de l'État — évita aux Romains de devoir recourir à une triste nécessité qui s'impose souvent de nos jours : ils n'en étaient pas réduits, dans l'intérêt de la solution d'un cas isolé, venant à créer un conflit entre les lois existantes et les nécessités du moment, soit de modifier ou de violer la loi, soit de lui sacrifier complètement une nécessité nouvelle qui faisait irruption dans la vie.

Nous avions, en étudiant les rapports du droit privé, à montrer l'action *restrictive* des usages sur la liberté abstraite : au contraire, dans la matière qui nous occupe, nous avons à démontrer que les usages, malgré leur influence restrictive, laissaient encore cependant à la liberté un champ suffisamment vaste pour s'y mouvoir à l'aise. Réduite dans les premiers rapports, l'influence des usages sur les derniers a été plutôt exagérée. L'état des sources auxquelles nous avons à puiser nos renseignements, leur insuffisance notamment pour tout ce qui est relatif à la vie privée, leur abondance quant à la vie publique, expliquent cette différence. Les juristes qui traitaient du droit privé, excluaient avec raison de leur examen l'élément des usages. Mais celui qui avait à exposer les règles du droit public romain, ne pouvait ainsi se placer exclusivement au point de vue juridique abstrait : il devait embrasser la vie publique dans son ensemble pour en faire l'objet de son étude.

En un mot le droit public était un composé d'*histoire* et de *statistique*, le droit privé n'était qu'une *théorie* abstraite. Pour le premier il s'agit de ne pas perdre de vue le droit abstrait dans les usages, pour le second il faut tenir compte des usages dans leur relation avec le droit abstrait.

Nous connaissons maintenant les divers éléments objectifs nécessaires pour caractériser la magistrature : nous avons étudié sa liberté juridique abstraite d'un côté, et nous avons vu de l'autre, les règles fixes qui tempéraient et limitaient son pouvoir. Mais il nous manque encore un élément essentiel pour achever de la peindre : élément purement subjectif, celui de la personnalité du fonctionnaire.

Tout comme ceux du droit privé (p. 133 s.), la plupart des pouvoirs du droit public se manifestent sous des formes larges, élastiques. Ils permettent à celui qui les détient une activité des plus libres : c'est lui-même, c'est sa personnalité qui fixe leur étendue. Ils forment ainsi un contraste frappant avec les pouvoirs publics de l'État moderne : ces derniers sont des mécanismes aussi indépendants que possible de la personnalité du sujet et qui, bien que celle-ci varie toujours, doivent cependant produire des résultats constamment identiques : formes étroites, fixes, raides, qui ne doivent pas s'accommoder à la personnalité, mais auxquelles la personnalité doit se plier, dans lesquelles elle doit s'emprisonner. A Rome, au contraire, les résultats, l'objet même des pouvoirs publics dépendent essentiellement de la personne de celui qui les exerce, grâce au caractère particulier que ces mêmes pouvoirs ont su imprimer à la personnalité : ils espèrent tout, ils n'attendent rien que de son libre essor. Le génie de leur détenteur les gouverne : leur étendue, leur élasticité permettent au caractère le plus puissant de se développer à l'aise ; comme le vêtement de la fable, ils deviennent étroits dès que le caractère de l'homme baisse. Au point de vue abstrait du droit, tout pouvoir résultant d'une seule et même magistrature, aurait dû toujours se manifester de même, quel que fût celui qui en était revêtu ; dans la réalité, la force morale de celui qui exerçait la magistrature déterminait le pouvoir qu'elle conférait. Détenteur de cette puissance, un caractère faible, timide, irrésolu, n'osait l'exercer dans toute sa plénitude : il eût été impuissant, du reste, à le faire, car le pouvoir exige un courage

à toute épreuve et une main de fer. La faiblesse du magistrat compromet l'autorité de la magistrature par d'inutiles concessions (474); elle s'écarte de la lutte, et se laisse vaincre si elle l'accepte. Mais vienne un homme altier, au caractère vigoureusement trempé, dominant par son propre génie la fonction elle-même, comme il en relève la dignité, la puissance, la majesté! Il ressuscite des droits dont depuis des siècles ses prédécesseurs n'avaient plus osé se prévaloir (475), il élève des prétentions nouvelles, il en réveille d'autres qui jusque-là avaient été poursuivies sans succès; il rétablit, il rehausse l'éclat de la fonction, élargit son envergure, et pendant de longues années ensuite, ses successeurs récoltent les fruits du passage d'un tel homme dans une magistrature d'un an. La censure, par exemple, qu'était-elle lors de son introduction? Et qu'on la voie un siècle plus tard!

(474) V. p. ex. dans Tite-Live, III, 26, l'attitude des consuls relativement au *jus prensionis* réclamé par les tribuns. Si à cette époque d'autres hommes avaient été revêtus de cette fonction, ils auraient certes repoussé comme elle le méritait cette prétention arrogante des tribuns. — Quelle différence dans la manière dont plusieurs consuls usaient de l'autorisation que leur avait donnée le peuple ou le Sénat de conclure la paix! Quelques-uns concluaient le traité sur les bases qu'ils jugeaient convenables, sans réserves et sans en référer d'abord au Sénat (V. les ex. dans Rubino, *l. c.*, p. 267, 268), d'autres n'osaient faire usage de leurs pleins pouvoirs, mais réservaient au peuple la décision finale. Tite-Live, XXX, 43, 44.

(475) Tite-Live, XXVII, 8, donne ici un exemple très-intéressant. Le *flamen dialis* avait de toute antiquité droit de séance et de vote au Sénat; pendant plusieurs vies d'homme, il n'avait pas été fait usage de ce droit *ob indignitatem priorum flaminum,* jusqu'à ce qu'une personnalité respectée et résolue revêtît cette charge et osât faire usage de ce droit. Il triompha de l'opposition qui lui fut d'abord opposée. Avec ce seul droit reconquis, le caractère même de la fonction fut infiniment relevé. Mais il n'y avait qu'une voix, ainsi que le rapporte Tite-Live, pour proclamer que la personnalité seule du *flamen* dont il s'agit, avait décidé la question (*magis sanctitate vitæ, quam sacerdotii jure obtinuisse*). V. aussi l'exemple de Scipion. Tite-Live, XXXVIII, in f., de César, Suétone, Caesar, 20.

Qui l'a rendue si puissante? L'appui, le concours du législateur? Non, mais seul le pouvoir de la personnalité. Chaque fois qu'un caractère viril s'empara de ces fonctions, si anodines à leur début, il étendit, il élargit leur action. Aucune loi n'aurait pu créer une pareille institution : nulle loi ne put la maintenir lorsque les anciens censeurs disparurent. L'intrépidité, la sévérité, le sérieux moral des censeurs, leur propre dignité morale, qui étaient leurs titres à la faveur du peuple, formaient la moëlle de l'institution, qui y puisait sa force et son pouvoir, sans laquelle elle n'était rien. La fonction fait l'homme, disons-nous aujourd'hui; pour le monde romain, retournons l'adage : c'était l'homme qui faisait la fonction ([476]).

J'ai dit plus haut que le pouvoir de la fonction se réglait essentiellement d'après la force morale de celui qui en était revêtu. Cette assertion se trouve admirablement confirmée par le rapport des divers pouvoirs publics entre eux. Ce qui précède aura déjà établi qu'il y avait là un champ fertile de conflits de toutes espèces. En effet, les domaines des divers pouvoirs composés d'éléments politiques si hétérogènes, s'entrecroisaient étrangement; leurs limites étaient souvent très peu déterminées, et même leur champ d'action fondé sur une convention tacite et sur la tradition n'excluait pas la possibilité d'une extension de pouvoir aux dépens d'un autre. En outre, le droit d'intercession fournissait l'occasion d'empiéter même sur le domaine incontestable d'un pouvoir voisin. Dans ces

([476]) Tite-Live IV, 8, attribue aux patriciens lors de l'introduction de la censure, cette réflexion : *futurum... ut mox* OPES EORUM, QUI PRAEESSENT, IPSI HONORI JUS MAJESTATEMQUE ADJICERENT. Caton était un homme de cette trempe : la considération de sa personnalité lui donna la victoire sur tous ses concurrents influents, (Tite-Live, XXXIX, 40, 41), et il répondit à l'attente (ibid. c. 44). Quelquefois cependant l'énergie dégénérait aussi en audacieuse obstination comme chez Appius claudius. Tite-Live, IX, 33, 34.

constantes occasions de conflits ([477]), il était donc important de savoir quels étaient les caractères qui se trouvaient en présence. Leur diversité même rendait souvent l'issue du conflit fort différente. A une personnalité qui parvenait à s'imposer, on permettait ce qu'on n'aurait jamais permis à aucune autre; on n'aurait jamais songé à lui appliquer des mesures qu'on n'hésitait pas à prendre à l'égard de toute autre. Il arriva que de deux censeurs, à raison d'un seul et même acte de leurs fonctions, l'un fut décrété d'accusation, tandis que l'on n'osa inquiéter l'autre, qui imposait par sa position et par sa personnalité, et que le premier ne dut son absolution qu'à l'attitude résolue de son collègue ([478]). C'est également ainsi que le résultat de la menace par laquelle l'un magistrat cherchait à intimider l'autre dépendait entièrement du rapport des forces morales qui se trouvaient en présence. Impuissante et méprisée dans un cas, la menace atteignait son but dans un autre ([479]). Tantôt c'est un tribun qui force le consul à céder, tantôt c'est un consul qui fait plier le tribun et son propre collègue ([480]); tantôt la menace de l'un

---

([477]) Du reste, l'excellente remarque de Laboulaye, l. c. p. 75, mérite d'être prise en considération : « Ces pouvoirs indépendants, dit-il, les » consuls, les tribuns, le Sénat, s'entendaient comme aujourd'hui les » chambres et le pouvoir exécutif; les consuls essayaient de se maintenir » constamment *in auctoritate senatus,* et le Sénat de son côté, s'efforçait » de conserver la bonne intelligence entre les tribuns et les consuls. On » était tout-puissant par l'union, *mais chacun était sans force dès que » l'accord n'existait plus. Il fallait donc à tout prix conserver cette har- » monie*, et c'est ce qui explique, comment tout se faisait par *une suite » de transactions, de concessions mutuelles, de tempéraments perpétuels.* »

([478]) Auct. de Vir. illust. c. 57 : *ob quod a populo collega ejus Claudius* (NAM IPSUM AUTORITAS TUEBATUR) *reus factus et quum eum duae classes condemnassent, Tiberius juravit, se cum illo in exsilium iturum; ita reus absolutus est.*

([479]) Comp. par ex. Tite-Live, IV, 26 et V, 9; VII, 3 in f.

([480]) V. par ex. Florus epit. 2, 2 § 17. Tite-Live, II, 56. IV, 26.

croise la menace de l'autre. Un dictateur cherche à rebuter la plèbe de ses desseins, en annonçant qu'il va organiser une levée d'hommes et faire conduire les mécontents hors de la ville; les tribuns de leur côté lui répondent par un plébiscite par lequel on lui impose pour ce cas une amende d'un demi-million (481). Tantôt le fonctionnaire n'ose tenir compte de sa propre menace et laisse arriver ce qu'il voulait empêcher; tantôt il ne recule pas et poursuit son but (482). Les censeurs avaient le droit de dresser la liste du Sénat, et on s'en tenait à leur rédaction; un jour que la liste était projetée par caprice et arbitrairement, les consuls déclarèrent qu'ils ne voulaient point la reconnaître, et ils reprirent une liste antérieure (483). Un autre jour, un Préteur, tandis qu'il exerçait ses fonctions, ne s'était pas levé au moment où passait le consul Aemilius Scaurus; celui-ci, qui était un homme d'un caractère violent, non-seulement fit lacérer les habits qu'il avait au corps et briser son siége, mais encore prit un décret en vertu duquel il défendait désormais qu'on s'adressât à ce Préteur pour demander justice; au fond c'était lui enlever les fonctions que le peuple lui avait conférées (484). Dans les deux derniers cas la justification formelle d'une pareille mesure était plus que douteuse.

Je ne veux pas multiplier les exemples, d'autant plus que mes explications précédentes m'ont déjà donné occasion de rele-

---

XXXVIII, 54 : *Cato tribunos auctoritate deterruit.* V. aussi Tite-Live, epit. 19; ibid. XXXVII, 19 : *Et in senatu et ad populum magnis contentionibus certatum est et imperia inhibita ultro citroque et pignora capta et multae dictae et tribuni appellati et provocatum ad populum est. Religio ad postremum vicit, ut dicto audiens esset flamen pontifici.*

(481) Tite-Live, VI, 38.

(482) Comp. par ex. Tite-Live, VIII, 15 et Vellej. Paterc. 2, 92 et Gell. VI, 9.

(483) Tite-Live, IX, 30.

(484) Auct., de Vir. ill., c. 72.

ver l'importance de l'élément personnel pour la magistrature dans deux points importants : la tradition et le rapport du magistrat avec le Sénat. Nous avons ainsi atteint notre but et démontré que l'*idée du pouvoir et de la liberté est l'expression légitime et nécessaire du sentiment de la personnalité* aussi bien dans le droit public que dans le droit privé. Si j'ai fatigué le lecteur dans les détours par lesquels j'ai dû le conduire, j'ai une double excuse à présenter. D'abord, cette idée constitue l'essence intime de tout le sentiment juridique romain, elle commande l'attention plus qu'aucune autre, soit qu'on examine la constitution de la famille ou celle de l'État ; tout le reste même, n'existe que pour elle, pour la protéger et la réaliser. Ensuite, il entrait dans mes vues de présenter dans le tableau que j'ai déroulé, à une époque qui comme la nôtre a souvent fondamentalement méconnu dans la science et dans la vie, le droit et le pouvoir de la personnalité, un miroir dans lequel elle pût reconnaître ce qu'elle est véritablement et ce qui lui manque. Je ne prétends pas que le système romain antique puisse et doive être copié par nous ; je sais trop combien ce système, par tout son caractère propre, était lié à la Rome antique, à ses hommes, à ses circonstances. — Les considérations finales du paragraphe suivant me fourniront une meilleure occasion de le démontrer.

C. *Importance historique du système de la liberté.*

L'idée abstraite de la liberté et son importance pour le droit privé. — Indépendance de cette abstraction vis-à-vis de la vie. — Fécondité du mouvement autonomique du commerce juridique. — Relation morale du système de la liberté avec le monde romain.

41. Nous pouvons maintenant passer en revue et juger le système tout entier de la liberté. Je crois pouvoir abandonner au lecteur le soin de grouper en un tableau d'ensemble les traits fournis par l'exposé qui précède. Les résultats qui nous sont

acquis, nous permettent d'ériger ce système comme un phénomène historique unique, et nous allons voir l'importance à laquelle il peut prétendre.

Dans la conception du système de la liberté, la remarque en a déjà été faite, nous avons à éviter deux extrêmes: d'un côté nous ne pouvons perdre de vue, dans le droit abstrait, l'usage et les réalités de la vie, d'un autre côté dans ces dernières nous ne devons jamais négliger le droit abstrait. Il n'est pas moins indispensable d'examiner la liberté juridique dans toute la rigueur de l'idée abstraite, de l'isoler de tous les rapports, de toutes les influences et de tous les liens qui la relient à la vie, que d'avoir ensuite le plus grand égard pour ces puissances de fait.

Mais ces deux points de vue doivent être rigoureusement considérés à part. C'est la grande leçon que nous donnent les Romains, et dont nous ne pourrions trop nous inspirer. Leur impérissable mérite, c'est d'avoir distingué entre le droit abstrait et les réalités de la vie. C'est le premier pas, et le plus essentiel, dans la voie de la fondation du droit privé. Il leur a fallu pour cela, en formulant l'idée juridique abstraite de la liberté, ne pas se laisser séduire par les vues naturelles morales de la vie, dont ils étaient pleinement imbus, par la manifestation extérieure de la liberté dans la vie, par les mille influences et les restrictions qui la dominaient de toutes parts.

J'ai déjà dit (p. 135) que les Romains ont atteint ici la vérité absolue. Comme eux, il faut établir et développer a priori l'idée de pouvoir et de domination, et ne considérer tout le droit privé et chacun de ses rapports qu'au point de vue de cette notion unique. Analyser ces rapports au point de vue juridique, ce n'est autre chose que d'en isoler leur contenu de puissance juridique abstraite, pour en faire l'étude. Tout droit est une émanation du pouvoir de la volonté revêtue d'une forme concrète et déterminée. Il n'y a de rapports juridiques que ceux où cet élément de la volonté se retrouve, et ils ne le sont que dans la mesure où il s'y retrouve. Le juriste ne peut, il est vrai, négliger les

autre notions qui les composent, idées morales, politiques, économiques, etc.; il s'enlèverait ainsi le moyen le plus efficace de les comprendre, mais dans l'abstraction des idées juridiques, il est forcé de n'en plus tenir compte. C'est en cela que la jurisprudence de tous les temps s'inspirera des Romains. Ce n'était pas une virtuosité innée pour l'abstraction juridique qui leur communiquait cette science : je ne leur connais d'autre maître que cet amour jaloux et énergique de la liberté, tout puissant à Rome : pour le Romain, le droit privé était le Code, la *Magna Charta* de sa liberté personnelle. Non point que je veuille prétendre qu'il n'y ait des idées et des buts plus nobles que ces sentiments romains. Mais le monde peut et doit faire son profit des conquêtes réalisées par les Romains dans cette voie. D'autres peuples peuvent avoir considéré la vie sous un aspect plus poétique que les Romains, d'autres encore peuvent se vanter d'un plus brillant essor moral. — Le monde romain, si prosaïque qu'il fût, était seul à même de faire la *découverte du droit privé*. Cette conquête est l'apanage de tous les peuples. Mais n'exagérons pas cependant : ne disons pas que le droit romain (comme on l'a soutenu récemment), est le droit absolu ([485]). Il y a dans le droit romain, dans celui de la période présente, comme dans celui de la période suivante, bien des éléments purement nationaux, qui n'ont leur valeur qu'à Rome, et qui sont liés à cette forme historique passagère que toute vérité revêt à sa première apparition. C'est à la postérité qu'il appartient de séparer ce qui est transitoire et accidentel de ce qui est durable et éternellement vrai. L'idée absolument juste, à laquelle le droit romain a donné un corps, c'est que tous les rapports du droit privé sont des rapports de puissance, c'est que le pouvoir de la volonté est le prisme de la conception du droit privé, et que toute la théorie du droit

([485]) G. Lenz, *ueber die Gesch. Entsteh.* (Sur l'origine historique du droit). Greifsw. et Leipzig, 1854.

privé n'a d'autre mission que de découvrir et de déterminer l'élément de liberté et de pouvoir dans les rapports de la vie. La mesure, l'étendue, la forme dans lesquelles les diverses institutions réalisent cette idée du pouvoir, ne sont que des éléments nationaux et passagers du droit romain.

La première partie de cette assertion est loin de rencontrer une approbation générale. Il est un fait assez peu flatteur pour notre conscience juridique moderne, c'est que bien des auteurs, non-seulement ont perdu de vue, mais ont même traité comme une erreur et comme un défaut du droit romain, une vérité que le simple bon sens des Romains leur avait fait depuis longtemps découvrir. On a, en effet, reproché au droit romain de n'avoir tenu aucun compte de l'élément moral dans la construction de ses rapports juridiques. Pareil reproche tend directement à la négation de toute jurisprudence. Il est de l'essence même de la jurisprudence de faire abstraction, dans les rapports de droit, de tout ce qui n'est pas juridique ; or, tout ce qui s'écarte de la notion du pouvoir n'a aucun caractère juridique.

Il est incontestable que des idées et des considérations très-diverses, par exemple l'intérêt du bien public, de la moralité, — peuvent prévaloir dans la création législative d'un rapport de puissance. Mais juridiquement parlant, l'influence que pareilles idées tendent à exercer, ne consiste point à mêler à ce rapport un élément qui lui est étranger, et qui changerait *qualitativement* son objet, lequel reste toujours le pouvoir de la volonté; elle ne peut avoir d'autre résultat que de juxtaposer certaines idées restreignant et comprimant la portée du rapport et son étendue. La conception morale d'une seule et même institution varie étrangement suivant la différence des époques; les changements qui s'y introduisent peuvent modifier tout l'aspect juridique de l'institution. Juridiquement parlant, l'on ne peut formuler ce fait autrement que par cette expression : la *diversité dans la somme du pouvoir* contenu dans l'institution. Ainsi les différences entre la tutelle, entre le rapport

du père vis-à-vis de ses enfants, du mari vis-à-vis de sa femme, dans l'ancien droit et dans le droit actuel, se réduisent, lorsqu'on veut les qualifier juridiquement, à une différence quantitative du contenu potentiel de ces rapports, et à l'introduction d'un pouvoir rival (celui du mineur, de l'enfant, de la femme). Ce serait faire preuve d'ignorance que de dire que ces rapports ne sont plus des rapports de puissance, et que l'idée prosaïque du pouvoir a cédé devant une idée plus noble, ou qu'elle s'est alliée à une idée plus élevée inconnue aux Romains.

Que l'on ne perde jamais de vue que le but du rapport n'est pas toujours dirigé vers l'utilité propre de l'ayant-droit. Le fonctionnaire ne détient pas son pouvoir pour lui-même, mais dans l'intérêt de l'État : songerait-on à lui contester, pour ce motif, le *pouvoir,* dans toute son étendue ? Le tuteur de la Rome antique doit veiller aux intérêts de son pupille; des dispositions étaient prises, qui le forçaient à remplir ce devoir (*postulatio suspecti tutoris*, *actio rationibus distrahendis,* infamie) ([486]): malgré ces coërcitions cependant la tutelle était définie : *jus ac potestas in capite libero.* C'est ainsi que le droit actuel peut ne confier au père une puissance sur les enfants que dans l'intérêt de leur éducation, et soigner, par des institutions de diverse nature, pour qu'il n'en use que dans ce but. Comparée à celle de la *patria potestas* romaine, sa puissance, il est vrai, est essentiellement restreinte; on ne peut cependant la définir autrement que comme une puissance qui a telle ou telle étendue, qui est soumise à telles ou telles restrictions, etc. — Le *pouvoir* se concilie fort bien avec un devoir simultané. Le fonctionnaire, le tuteur ont un pouvoir, mais ils ont le devoir d'en user dans l'intérêt de l'État, du mineur. — Cette proposition n'a rien qui répugne à nos idées actuelles.

Mais où la conception romaine antique se sépare de nos idées

([486]) L'*act. tutelae* n'appartient qu'à une époque postérieure, comme je le prouverai ailleurs.

actuelles, c'est qu'elle ne parvient pas à réunir le pouvoir et le devoir dans la même personne.

Les trois détenteurs de pouvoir nommés ci-dessus, le magistrat, le tuteur et le père, sont, dans le droit ancien, seulement *autorisés*, aucun d'eux n'est en même temps obligé. Sans doute le pouvoir des deux premiers ne leur est donné que dans le sens et dans l'intention qu'ils n'en useront pas pour eux-mêmes, mais pour le véritable bien de l'État et du mineur; lorsqu'ils ont déposé leurs fonctions ils doivent rendre compte de leur gestion et s'attendre, en cas de violation de leurs devoirs, à des peines sévères. Loin donc d'être étrangère au rapport, l'idée du devoir en est au contraire l'invisible régulateur. Mais ce qui est romain, c'est l'invisibilité de ce régulateur, c'est cette circonstance que l'idée du devoir ne peut être exprimée pendant la durée toute entière du rapport, mais qu'elle doit attendre jusqu'à ce que celui-ci ait pris fin, pour trouver alors sa satisfaction : ce n'est pas l'idée du devoir en elle-même que les Romains repoussent, ils rejettent seulement son existence simultanée avec l'idée du pouvoir. La partialité avec laquelle l'esprit romain a de toute antiquité conçu la notion du pouvoir, l'image grandiose qu'il s'en faisait, me paraissent la seule explication possible de cette incompatibilité qu'il a créée entre ces deux idées. Détenteur du pouvoir, je ne puis être soumis à personne dans la sphère de ce pouvoir : or, je serais soumis à un autre si j'étais obligé envers lui; il aurait un pouvoir juridique sur moi, il pourrait m'actionner, me contraindre. L'étendue illimitée du sentiment du pouvoir est l'élément romain spécifique, passager, du droit privé antique de Rome. L'exagération de ce sentiment n'attendit pas la chûte de Rome avant d'éclater. Ce fut à Rome même, dans les derniers temps de la république, que se produisit la réaction.

Après avoir reconnu l'idée du pouvoir comme le véritable principe du droit privé, nous pouvons proclamer le droit ancien: le triomphe de l'idée abstraite du droit privé. Cette idée a voulu s'essayer dans toute son indépendance, sans frein; elle

a voulu tenter elle-même l'épreuve de sa possibilité pratique. La raison du succès de cette tentative se trouve dans les conditions qui se sont rencontrées à Rome, mais qui ne se reproduisent pas partout. Ces conditions, de même que la possibilité pratique d'une poursuite aussi excessive du pouvoir, sont venues à cesser plus tard. Ce qui pouvait et devait mourir avec le temps, sans que le résultat acquis dût se perdre pour la postérité, c'est l'élément purement romain et propre à l'époque. Partout où une idée importante est découverte, elle doit, pour arriver à une existence et à un règne pratiques, passer par une phase de partialité et de rudesse; une époque postérieure réduit aisément l'exagération à ses justes limites.

Ne déprécions pas le mérite de ce travail. Il ne s'agissait pas seulement de créer, il fallait encore faire valoir ce qui avait été trouvé. La vie n'est pas favorable aux abstractions juridiques: si la conception juridique vient à s'engourdir, elle court le risque de confondre la réalité et l'usage avec le droit, comme le fait la conception vulgaire. La distinction rigoureuse entre l'usage et le droit est une des meilleures pierres de touche pour la spontanéité des conceptions juridiques : elle suppose une activité et une tension incessante du pouvoir d'abstraire, l'émancipation de l'esprit des phénomènes extérieurs. Là, où cette distinction est rigoureusement conçue et pratiquement maintenue, comme dans le droit romain, la formation du droit coutumier rencontre de rudes obstacles; dans le cas contraire, lorsque des brouillards obscurcissent les notions du droit et de l'usage, le droit coutumier s'implante sans efforts.

La différence des formes abstraites de la liberté et de leur conception juridique d'un côté, avec leur apparition réelle et leur conception morale naturelle dans la vie, de l'autre, a déjà fait l'objet de remarques nombreuses.

Si nous transportons maintenant, et à mon avis nous ne pouvons faire autrement, notre système abstrait de liberté au début de l'histoire du droit romain, nous rencontrons ce phénomène étonnant, que ce système y a fleuri pendant plusieurs siècles

sans changement, malgré — et ceci est un point décisif — malgré que l'esprit qu'il avait dans l'usage fût tout autre. Quelle que fût la forme que les divers pouvoirs du droit public et du droit privé prenaient dans la pratique, quelles que fussent les voies qu'ils suivaient et qu'ils devaient suivre en réalité, la conception abstraite ne constatait là qu'un simple *fait*. Entre le droit abstrait et la réalité de la vie, entre la conception juridique abstraite et la conception morale naturelle, il y avait un abîme.

L'usage, à Rome, eût-il subsisté des siècles durant, restait ce qu'il était : un pur usage. Les restrictions qu'il imposait et réalisait en fait, la forme qu'il donnait aux institutions juridiques pures, les institutions positives qu'il avait lui-même produites, étaient autant de faits que tous connaissaient et respectaient, mais auxquels, malgré tout, on refusait une importance *juridique*. Le caractère juridique abstrait des rapports de puissance put ainsi se maintenir sans changement dans sa pureté originaire et idéale : la vie pouvait les transformer, leur manifestation pratique, les idées morales et politiques, ainsi que les puissances de fait qu'ils mettaient en mouvement, pouvaient se modifier, — l'idée abstraite restait immuable tant qu'une loi n'introduisait pas de changement. Cette immutabilité fixe du droit abstrait, n'avait aucun inconvénient pour la vie : d'un côté, les formes abstraites s'adaptaient à toutes ses fluctuations, d'un autre côté, la vie elle-même, par la richesse de ses moyens et de ses forces, pouvait facilement imposer ce qui était nécessaire, sans modifier le droit lui-même. Cette situation ne put se soutenir quand ces forces eurent perdu de leur puissance : et le droit fut amené à se modeler sur elles.

Le droit ancien avait essentiellement abandonné le commerce juridique à ses propres forces : il ne lui apportait pas même le concours de certaines dispositions subsidiaires, complétant l'autonomie. Chaque acte juridique particulier qui était conclu, devait, outre son contenu matériel, renfermer l'ensemble des règles d'après lesquelles il voulait lui-même être jugé; la *lex*

contractus concrète devait remplacer la *lex de contractibus* abstraite. Une phase analogue a partout précédé la formation du droit positif, mais partout s'y reproduit une institution qui a pour but de le rendre possible — l'emploi des *formulaires*. A mesure que le droit positif se développe, l'importance des formulaires diminue. Dans la période présente ils jouaient encore un grand rôle à Rome.

Pour toutes espèces d'affaires il y avait des formulaires déterminés, élaborés avec le plus grand soin (*actiones, leges rerum vendendarum*, etc.) ([487]), qui subissant sans cesse l'épreuve de la vie, continuellement corrigés et amendés, avaient acquis une remarquable utilité. L'usage de ces formules n'avait rien d'obligatoire; une affaire surgissait-elle, présentant un caractère nouveau, un formulaire s'élaborait, lui traçant d'avance une voie déterminée. Il dépendait de l'appréciation individuelle d'y recourir. Les stipulations qu'elles établissaient, se fussent-elles représentées tous les jours, ne valaient que comme expression de la volonté du contractant : l'on ne pouvait donc considérer comme éléments du droit, la somme des matières juridiques qui y étaient accumulées. Elles avaient néanmoins, pour le droit même, la plus haute importance : le droit positif y trouvait ses précurseurs, ses succédanés, ses premières origines.

([487]) On mentionne en particulier les *Manilianae venalium vendendarum leges*. Cic. de orat. 1, 58. Varron de re rust. 2, 5. Caton et Varron rapportent à chaque passage de leur ouvrage *de re rustica*, où ils mentionnent un contrat quelconque, par ex. la vente d'esclaves , de bétail, de la récolte de vin , l'entreprise des travaux, etc., les formules qui les concernent. Il y avait aussi des formulaires fixes pour les contrats que l'État avait à faire, par ex. la mise en adjudication de travaux publics , l'affermage d'impôts, etc. Parmi les principes postérieurs du contrat de louage, le droit du fermier à la *remissio mercedis* pour *casus* paraît s'être formé d'abord dans les anciennes *leges censoriae*. Comp. Cic. de pror. cons., 5 : *is, qui frui publico non potuit per hostem,* HIC TEGITUR IPSA LEGE CENSORIA. Polyb., VII, 17 , 5.

Là déjà, se trouvait résolue la tâche que cette partie du droit avait à réaliser; la classification des divers actes juridiques, et particulièrement la séparation des divers contrats, l'invention et l'expression exacte de règles juridiques conformes à la nature propre de leurs diverses espèces. Lorsque plus tard la science et la législation (notamment le droit prétorien), s'appliquèrent à la formation du droit positif, elles trouvèrent dans ces collections une mine précieuse où elles purent puiser bien des choses sans devoir les modifier, et nous avons toute raison de croire qu'elles mirent ces premiers travaux largement à profit. Les dispositions juridiques appartenant à cette classe, ont été en majeure partie empruntées à ces collections de formules. Cette considération a déjà élucidé bien des questions (le contrat de gage p. ex.), et nous promet mainte autre riche découverte.

L'autonomie du commerce juridique a donc en réalité mis au jour les éléments de la partie du droit qui nous occupe. L'histoire du développement du droit prétorien, dans la 3[e] période, nous fournira un exemple intéressant du même procédé de formation : la notion abstraite procédant de l'idée concrète.

Il se dégageait des divers actes juridiques concrets, certains résultats toujours les mêmes quant à leur forme et à leur portée : l'idée de l'acte juridique déterminé s'y déposa bientôt, comme un précipité abstrait, que le langage prit l'habitude de désigner sous un nom caractéristique. Les matériaux ainsi acquis n'avaient pas encore, dans la période présente, comme je l'ai dit, une importance juridique formelle : ils n'avaient d'autre valeur que de servir de guides à l'autonomie juridique, en lui traçant le but et la voie du commerce juridique, d'autre destination que d'indiquer la forme dans laquelle devait se traduire dans la vie le rapport juridique. Au point de vue juridique formel, cette discipline du commerce juridique n'était pas moins importante que celle des usages ; aucune règle existante n'était appliquée dans un acte juridique particulier sans y être expressément inscrite, tandis qu'il est de l'essence du droit positif que ses dispositions soient destinées à combler les lacunes laissées par l'au-

tonomie privée. En un seul point l'activité de l'autonomie peut, dès la période présente, avoir créé des notions juridiques revêtues d'un caractère objectif. Le choix des expressions dans lesquelles on voulait couler les dispositions essentielles d'un acte juridique était sans doute à l'origine pleinement libre ; mais on comprend que le commerce juridique choisissait les plus adéquates et les moins équivoques, et que pour maint acte certains mots distinctifs s'imposèrent. Les renseignements de juristes postérieurs nous ont appris que l'emploi de ces mots sacramentels était obligatoire *à leur époque,* au point que leur omission entraînait la nullité de l'acte. Nul n'eût songé à ériger en loi cette exigence : c'était l'œuvre du commerce juridique. Nous pouvons, sans hésiter, reporter ce fait à l'époque antique et nous l'expliquer de la manière suivante. Une interprétation timide, s'attachant aux mots, pouvait faire douter de l'intention de conclure un acte déterminé, lorsque cette intention ne résultait pas des expressions mêmes dont on se servait régulièrement pour cet acte; le mot déterminé affirmait la volonté formelle. Il en résulta pour le commerce juridique la nécessité pratique de se servir du mot; l'interprétation avait donc atteint ce résultat de créer une véritable règle de droit.

C'est sous le rapport juridique abstrait que nous avons jusqu'ici cherché à déterminer l'importance de notre système. A ce point de vue nous avons pu revendiquer pour lui une importance historique immortelle et universelle. Il nous reste encore cependant à l'examiner du côté de sa relation morale naturelle avec le monde romain. Rappelons d'abord, sous ce rapport, l'influence de notre système sur le peuple romain. L'idée de la personnalité est la source de tout notre système; son but final consistait à donner à la personnalité, dans tous les rapports de la vie privée comme de la vie publique, la possibilité juridique de se déployer librement, elle et toutes ses forces. Le droit tout entier était un hymne pratique exaltant

la valeur et la mission de la personnalité: sa morale se résumait dans le développement et la manifestation de la personnalité. Le droit avait, de bonne heure déjà, enseigné aux Romains la théorie que l'homme existe pour se créer lui-même son monde, pour ne relever que de lui-même et ne décider que par lui-même; en un mot, que chacun est l'artisan de sa propre félicité.

Le monde romain n'était pas fait pour les caractères mous. La vigueur dans le caractère, la spontanéité dans les idées, étaient les vertus indispensables à quiconque prétendait s'y mouvoir avec succès. Les rapports du droit public tout aussi bien que les rapports du droit privé, étaient soumis à cette nécessité. Le droit, aujourd'hui, nous protége depuis la naissance jusqu'à la mort, il nous assure l'héritage de nos parents en les obligeant de nous le laisser après eux; il nous le conserve et nous le garantit pendant les années de la minorité, il nous donne son aide lorsque nous nous sommes laissés tromper ou contraindre; il nous donne le moyen d'attaquer nos propres actions comme celles des autres, lorsqu'elles nous sont devenues préjudiciables, de réparer des oublis, des négligences. Rien de pareil ne se présente dans le droit romain ancien. Celui qui s'est laissé contraindre doit en supporter les conséquences — un homme ne se laisse pas contraindre; *etiamsi coactus, attamen voluit* (488). Il en est de même de celui qui a été trompé : l'homme sait quel est son droit, il sait ce qu'il veut; on ne le trompe pas. — Il ne commet pas de négligences, il n'attaque ni ses propres actions, ni par conséquent celles d'autrui : *jus civile vigilantibus scriptum est* (489). Arrivé à l'âge de puberté, chacun devient maître de son patrimoine propre; les institutions protectrices de la *cura* et de la *restitutio in integrum* sont inconnues au droit ancien; la *lex Plaetoria* appartient, au plus tôt, à la fin du

(488) L. 21, § 5, quod met. (**4**, 2).

(489) L. 24, quae in f. cred. (**42**, 8).

Ve siècle. Cela signifie simplement que les Romains postérieurs mirent plus de temps à devenir indépendants que les Romains anciens. Ce phénomène n'a rien qui doive étonner; toute civilisation retarde le commencement de la maturité du caractère. Celui qui était devenu homme, jouissait aussi, à l'époque ancienne, de l'indépendance nécessaire pour entrer dans la vie pratique; sinon le droit ancien l'aurait traité d'une autre manière.

Il est à peine besoin de remarquer qu'un droit qui suppose partout une indépendance virile, reproduit cette qualité dans le peuple et l'y entretient dans toute sa vigueur. Si l'histoire de Rome présente une succession de personnalités remarquables et de caractères grandioses, il faut, en dernier ressort, en chercher la raison, non dans des institutions quelconques, qui ne sont que des produits de l'esprit du peuple, mais dans le peuple lui-même. Nous n'en devons pas moins reconnaître l'influence des institutions extérieures sur la formation du sentiment national, le développement et le perfectionnement des aptitudes innées. Si la force romaine, si sa spontanéité, sa fermeté de caractère n'étaient pas un héritage transmis d'une génération à l'autre, si ces qualités avaient pu disparaître en même temps qu'une génération, elles auraient pu, je crois, renaître en grande partie du droit même, grâce à l'immense force romaine qu'il recélait en lui ([490]). Une brise fraîche et reconfortante, toute saturée d'éner-

([490]) Il en est des institutions humaines, par rapport à l'esprit qui les a engendrées, comme de la chaleur terrestre engendrée par le soleil : — de même qu'en automne nous jouissons encore du soleil de l'été, de même une génération déjà en décadence jouit encore de la force de ses prédécesseurs, qui est devenue objective dans leurs institutions, leurs usages, leurs formes. — C'est une observation que j'ai déjà faite ailleurs (v. IHERING *Kampf*.... (Combat pour le droit), 3e éd., p. 105, 106) mais que je ne puis éviter de reproduire ici. Il y a, il est vrai, une autre face de la question : si le présent profite de la volonté du passé, fixée dans ses institutions, cette volonté est aussi un obstacle qu'il doit surmonter à chaque

gie romaine, caressait le non-romain, transporté dans l'athmosphère de ce droit : au contact de cet air, à la vertu contagieuse, il s'appropriait imperceptiblement quelque chose du génie romain. Le droit ne pouvait, il est vrai, empêcher la chûte de la force romaine, car aucune institution en général, ne peut pour toujours chasser l'esprit qui a présidé à sa naissance. Il n'en est pas moins vrai cependant que le droit, en érigeant les qualités susdites en *postulats de la vie pratique,* consacrait leur immortalité.

Une autre qualité, romaine encore, puisait sa vie dans notre système de la liberté et s'y rajeunissait tous les jours; c'est la fierté romaine, c'est le sentiment de la dignité du citoyen romain. Lorsque l'orgueil du Romain contemplait les autres peuples, cet orgueil ne reposait pas seulement sur le sentiment de la supériorité de la force romaine et de la prépondérance extérieure de l'État romain, mais aussi sur la position juridique du citoyen romain à l'intérieur : il se manifestait tant à l'intérieur, qu'à l'étranger, dans le retentissant effet des mots : *Civis Romanus sum.* Un Romain considéré pouvait se sentir plus fort et plus ferme dans la possession de son pouvoir que maint roi de notre époque; la constitution garantissait au plus humble même une certaine part dans le gouvernement du monde. Mais ce qui dominait toute la puissance politique, c'était la sécurité juridique et l'inviolabilité de la personne, le pouvoir sur la famille, et l'inviolabilité des droits acquis. La dignité et le droit de la personnalité étaient pratiquement reconnus et protégés à Rome, comme ils ne l'étaient nulle part

progrès; dans la nature le soleil du printemps doit vaincre le froid de l'hiver. C'est la loi de l'équilibre des forces, le principe historique qui est aussi vrai dans la nature que dans l'histoire; — pour l'une comme pour l'autre il n'y a aucun élément qui puise entièrement en lui-même les conditions de son existence. Chaque élément subit l'action du présent en même temps que celle du passé.

ailleurs. La base de toute l'existence personnelle, le droit, y était inébranlable comme un roc; chaque Romain pouvait, dans le coin de terre qui lui était départi, se considérer à l'abri de toute attaque et maître souverain. Voilà ce qu'il y avait chez les Romains de plus précieux et de plus beau, voilà ce dont ce peuple pouvait tirer gloire.

La fierté qui repose sur le sentiment de la liberté est parfaitement légitime : ce n'est pas la simple possession, la simple jouissance de la liberté, qui l'excite : on s'enorgueillit de cette liberté pour ses mérites propres. La liberté n'est pas un présent des dieux, c'est un bien qu'un peuple se doit à lui-même, et qui ne prospère qu'en raison de sa force et de sa dignité morales. L'amour de la liberté seul, est impuissant, même lorsqu'il est actif, capable de sacrifices (et il ne peut être autrement) : aux conditions pour qu'il soit fécond, il s'en joint une essentielle : il faut posséder l'art de savoir user de la liberté. Là est l'écueil. La première règle de cet art est la modération. Aucun bien ne provoque autant les excès, aucun ne se perd si facilement et si irrémédiablement par l'abus, que le bien le plus précieux de tous : la liberté. On parle bien volontiers à notre époque de peuples mûrs ou non pour la liberté, mais on a le tort de s'attacher beaucoup trop, en cette matière, au degré d'avancement intellectuel des peuples, et pas assez à leurs qualités morales. S'il s'agissait uniquement d'avoir l'intelligence de la liberté, les peuples les plus éclairés devraient être les plus mûrs pour la liberté, tandis qu'au contraire le progrès de la civilisation accompagne souvent le déclin de cette maturité. Rome elle-même nous en présente un exemple frappant.

Je ne puis assez insister sur cette capacité morale du peuple romain antique pour la liberté. Tout notre système fut et tomba avec elle :

Moribus antiquis stat res Romana virisque.

La décadence de la moralité romaine fut en même temps la décadence de la liberté romaine. La possibilité pratique de tous les rapports de la liberté, aussi bien du droit public que du

droit privé, avait pour condition qu'ils fussent animés d'un vrai esprit de liberté. Dès que cet esprit s'affaiblit, du moment que l'arbitraire, le caprice, l'indiscipline s'en emparèrent, ils perdirent leur sens et leur légitimité, et à la place de l'esprit libre qui ne se laissait pas conjurer, se présenta partout la loi et la coërcition. Aussi celui qui veut juger du système de liberté de l'époque ancienne, qui veut comprendre le sens et le but de ses institutions, ne peut perdre de vue un seul instant l'antique moralité et le génie de toute l'époque. L'*usage* antique est la clef indispensable de l'intelligence du *droit* antique; si ce dernier nous montre la liberté abstraite, celui-là nous montre la *restriction de la liberté par elle-même;* cette restriction était la condition tacite du droit tout entier.

Tacite a loué les Germains anciens parce que chez eux l'usage avait plus de force que n'en avaient ailleurs les lois. Nous pouvons revendiquer le même éloge pour les Romains anciens; — ils étaient eux-mêmes des lois vivantes, et pouvaient dès lors se passer de lois sur beaucoup de points. Le droit ancien ne doit redouter aucune comparaison, en fait de moralité; mais il ne faut pas oublier que la liberté ancienne, entourée de toutes les précautions que lui avaient imposées les circonstances matérielles qu'elle trouvait établies à Rome, ne peut être comprise que par l'aspect des réalités de la vie. Celui qui s'en tient rigoureusement à ce point de vue ne recherchera pas vainement l'esprit *moral* des institutions antiques de Rome, tandis que cet esprit restera toujours caché à celui qui tentera cette étude sans connaître les sources et sans examiner la vie des Romains, ainsi que leur façon de penser et de sentir.

FIN DU TOME II.

ERRATA.

P. 6	ligne 8	*au lieu de*	(§ 23)	*lisez :*	(§ 27).
»	12	»	(§ 24-36)	»	(§ 28-41).
»	24	»	(§ 37-58)	»	(§ 42-68).
»	33	»	(§ 59 et s.)	»	(§ 69 et s.).

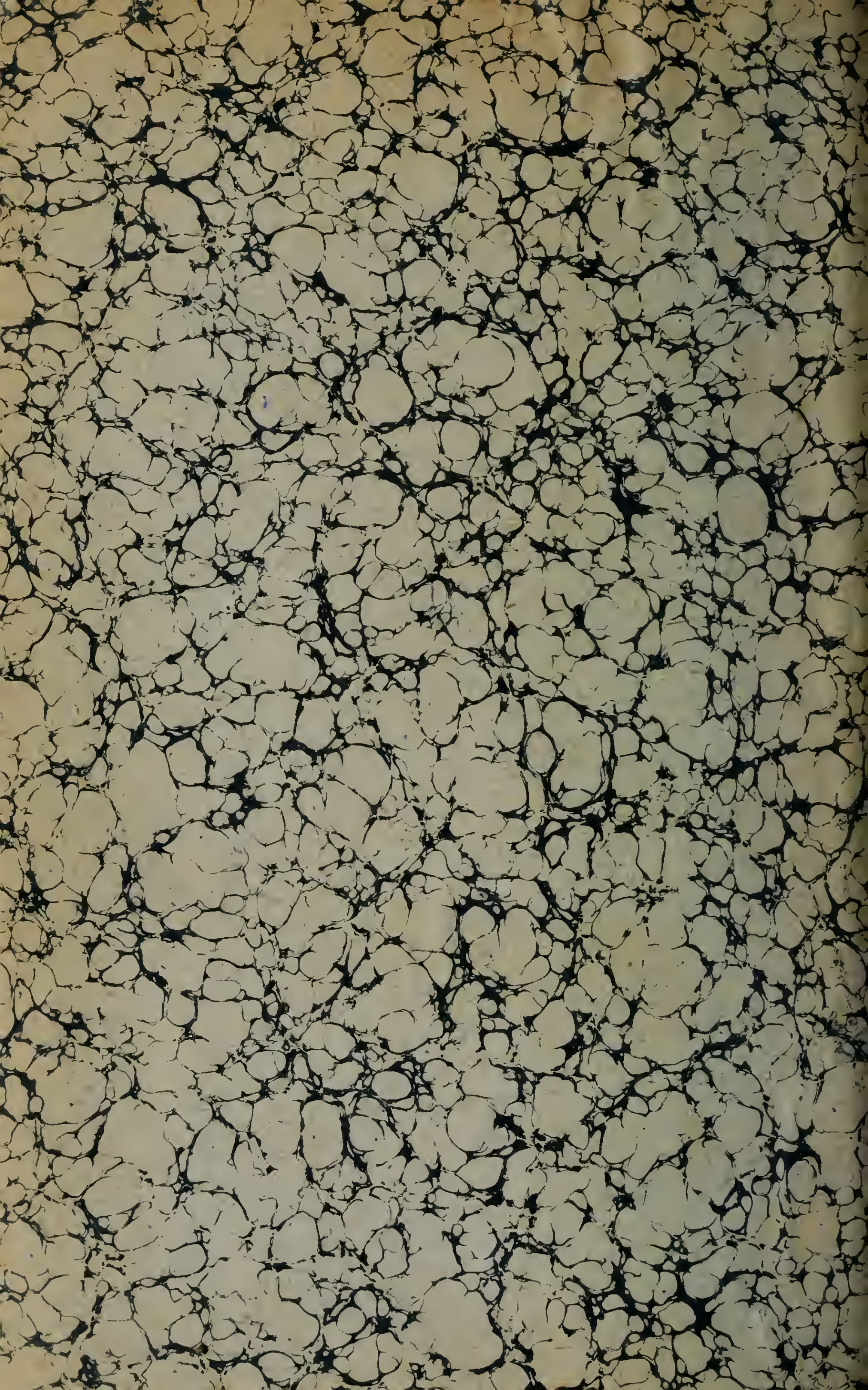
TABLE DES MATIÈRES DU TOME II.

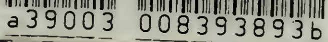
LIVRE DEUXIÈME.

SYSTÈME DU DROIT ROMAIN.

INTRODUCTION.


AL VAN DER
TCONVET HAGHEN





DATE DUE

CAT. NO. 1137			

